

# Revue de DROIT

## UNIVERSITÉ DE SHERBROOKE

### Volume 37 – Numéro 2

**Année :** 2006-2007

**ISSN :** 0317-9656

**Éditeur :** Université de Sherbrooke. Faculté de droit.

**URI :** <http://hdl.handle.net/11143/11842>

**DOI :** <https://doi.org/10.17118/11143/11842>

*Page vide laissée intentionnellement.*

<b>L'EXCLUSION DE LA PREUVE EN VERTU DE LA CHARTE : VERS LA RECONNAISSANCE DE L'EXPERTISE DU JUGE DU PROCÈS .....</b>	<b>203</b>
Par Julie VINCENT Simon ROY	
<b>LE FORMULAIRE DE CONSENTEMENT À LA RECHERCHE : INCOMPATIBILITÉ ENTRE LE DROIT DES PERSONNES ET LE DROIT DES CONTRATS .....</b>	<b>235</b>
Par Julien P. CABANAC Michel T. GIROUX	
<b>LIBRES PROPOS SUR LA RESPONSABILITÉ CONTRACTUELLE DU PHARMACIEN D'OFFICINE.....</b>	<b>275</b>
Par Marie-Ève ARBOUR	
<b>L'OTAN : VERS UNE CONCEPTION ÉLARGIE DE LA SÉCURITÉ.....</b>	<b>331</b>
Par Roseline MARILLER-RIBET Suzanne LALONDE	
<b>LES MODIFICATIONS À LA LOI SUR LA PROTECTION DE LA JEUNESSE CONCERNANT LES MESURES PRIVATIVES DE LIBERTÉ DANS LES CENTRES DE RÉADAPTATION.....</b>	<b>393</b>
Par Julie DESROSIERS Lucie LEMONDE	
<b>LA CONFIANCE, INSTRUMENT DE RÉGULATION DES ENVIRONNEMENTS ÉLECTRONIQUES.....</b>	<b>441</b>
Par Cynthia CHASSIGNEUX	
<b>BIO-INGÉNIERIE ET RESPONSABILITÉ SOCIALE.....</b>	<b>473</b>
Par Georges A. LEGAULT	

*Page vide laissée intentionnellement.*

**RDUS**

# **Revue de DROIT**

**UNIVERSITÉ DE SHERBROOKE**

**Titre :** L'EXCLUSION DE LA PREUVE EN VERTU DE LA CHARTE : VERS LA RECONNAISSANCE DE L'EXPERTISE DU JUGE DU PROCÈS

**Auteur(s) :** Julie VINCENT  
Simon ROY

**Revue :** RDUS, 2006-2007, volume 37, numéro 2

**Pages :** 203-233

**ISSN :** 0317-9656

**Éditeur :** Université de Sherbrooke. Faculté de droit.

**URI :** <http://hdl.handle.net/11143/11830>

**DOI :** <https://doi.org/10.17118/11143/11830>

*Page vide laissée intentionnellement.*

## ARTICLE

---

# L'EXCLUSION DE LA PREUVE EN VERTU DE LA CHARTE : VERS LA RECONNAISSANCE DE L'EXPERTISE DU JUGE DU PROCÈS

par Julie VINCENT\*  
Simon ROY\*\*

*Le présent texte traite du rôle des juges de première instance lors de l'application du paragraphe 24(2) de la Charte. Bien que cette disposition soit utilisée de façon courante, ses mécanismes d'application donnent encore lieu à des difficultés. En effet, son processus de mise en oeuvre varie ce qui augmente le risque de renversement des premières décisions par les juridictions d'appel. Dans ce contexte, il est impératif de réexaminer la méthode d'analyse du paragraphe 24(2) dégagée par la jurisprudence. Suite à ce réexamen, notre étude conclut que la méthode correcte doit reconnaître une expertise particulière aux juges de première instance. Cette conclusion milite en faveur d'une certaine déférence lors du processus d'appel*

---

*The article examines the role of trial judges under section 24(2) of the Charter. Although this provision is often applied, its application is still fraught with uncertainty. Obviously, variations in application by trial judges will inevitably encourage the intervention of appellate courts. This situation calls for a reexamination of the method of analysis utilized under section 24(2). A review of the leading case law leads the writers to conclude that in order to properly interpret this section, the expertise of trial judges must be afforded greater recognition. This conclusion implies that a higher standard of deference towards the trier of fact should be observed at the appellate level.*

---

\* . Stagiaire à l'Aide juridique – section droit criminel.

\*\* . Professeur à la Faculté de droit de l'Université de Sherbrooke.

## SOMMAIRE

<b>Introduction .....</b>	<b>207</b>
 <b>1. Le fonctionnement de l'article 24 de la Charte.....</b>	 <b>208</b>
1.1. Les considérations générales .....	208
1.2. Les critères relatifs au paragraphe 24(2) de la <i>Charte</i> .....	209
1.2.1. <i>Le critère de l'équité du procès.....</i>	211
1.2.2. <i>Le critère de la gravité de la violation.....</i>	213
1.2.2.1. <i>La bonne foi des policiers.....</i>	214
1.2.2.2. <i>Le caractère sérieux de l'atteinte                         au droit .....</i>	214
1.2.2.3. <i>L'existence d'une situation                         d'urgence .....</i>	215
1.2.2.4. <i>La disponibilité d'autres                         méthodes d'enquête.....</i>	215
1.2.3. <i>Le critère de l'effet de l'exclusion sur                 l'administration de la justice.....</i>	216
1.2.3.1. <i>La gravité de l'infraction .....</i>	216
1.2.3.2. <i>La fiabilité et l'importance de la                         preuve en litige.....</i>	217
 <b>2. La révision des décisions rendues en vertu du     paragraphe 24(2) de la Charte .....</b>	 <b>218</b>
2.1. L'expertise du juge du procès .....	218
2.1.1. <i>L'expertise du juge du procès quant aux                 questions de fait .....</i>	221
2.1.2. <i>L'expertise du juge du procès quant aux                 questions mixtes .....</i>	222
2.1.3. <i>L'expertise du juge du procès quant aux                 questions de droit .....</i>	224



(2007) 37 R.D.U.S.	<i>L'exclusion de la preuve en vertu de la Charte : vers la reconnaissance de l'expertise du juge du procès</i>	205
2.2.	Les considérations pragmatiques justifiant la déférence en matière d'exclusion de la preuve .....	227
2.2.1.	<i>La place privilégiée du juge du procès pour évaluer l'impact d'une décision sur la considération dont jouit le système de justice .....</i>	228
2.2.2.	<i>La nécessité de limiter les appels de plein droit tout en préservant le pouvoir d'intervention des cours d'appel .....</i>	230
<b>Conclusion</b>	.....	232



## INTRODUCTION

La *Charte canadienne des droits et libertés*<sup>1</sup> est incontestablement un outil indispensable pour notre société puisqu'elle permet de préserver les droits et libertés favorisant le maintien d'une société libre et démocratique. Ces droits étant primordiaux pour la société canadienne, il faut impérativement veiller à leur sauvegarde. Cela étant dit, ce louable désir de préservation des droits fondamentaux se heurte à une réalité où les violations ne sont pas exceptionnelles. Le législateur a donc dû prévoir une procédure de réparation à l'intérieur de la *Charte* afin de remédier aux effets de ces violations. C'est donc l'article 24 de la *Charte* qui constitue la disposition décrivant les remèdes applicables en cas de violation des droits qui y sont enchâssés. Sommairement, cette disposition prévoit un procédé permettant d'établir la réparation adéquate à accorder à un individu ayant subi une violation de ses droits constitutionnels.

L'une des réparations spécifiques prévues par la *Charte* est l'exclusion, en vertu du paragraphe 24(2), de la preuve obtenue de façon illégale. Malgré l'utilisation fréquente de cette disposition, son application comporte toujours des zones d'ombre. Par le présent texte, nous désirons revenir sur la méthode d'analyse dégagée par la jurisprudence afin de mieux cerner ses répercussions sur le rôle du juge du procès. Plus spécifiquement, nous soutenons que le processus actuel reconnaît une expertise particulière aux juges de première instance tant du point de vue des faits que du droit.

Afin de démontrer cette affirmation, nous décrirons tout d'abord la mécanique propre à l'article 24 de la *Charte* en nous concentrant surtout sur le processus d'exclusion de preuve prévu au paragraphe 2. Par la suite, nous examinerons et commenterons les balises de l'expertise reconnue aux juges de première instance en la matière par le biais du critère de déférence applicable aux cours d'appel.

---

1. *Charte canadienne des droits et libertés*, partie I de la Loi constitutionnelle de 1982, constituant l'annexe B de la Loi de 1982 sur le Canada (R-U), 1982, c. 11 [*Charte canadienne*].

## **1. LE FONCTIONNEMENT DE L'ARTICLE 24 DE LA CHARTE**

### **1.1. Les considérations générales**

L'article 24 de la *Charte* constitue une exception à la règle de la liberté de preuve, cette dernière pouvant être admissible en vertu du droit commun, mais inadmissible en vertu des règles prévues à la *Charte*<sup>2</sup>. Le texte de l'article 24 prévoit la possibilité pour un individu de demander une réparation s'il a été victime d'une violation ou d'une négation de ses droits fondamentaux<sup>3</sup>. Fait à noter, seule la personne ayant été victime d'une violation ou d'une négation de ses droits personnels peut s'adresser à la cour pour obtenir la réparation appropriée<sup>4</sup>. Le fardeau de preuve appartient alors au requérant, celui-ci devant donc démontrer l'existence de la violation ou de la négation selon la balance des probabilités afin que le tribunal considère le remède adéquat<sup>5</sup>. Bref, une fois que le droit ou la liberté violé a été déterminé, le juge devra décider quelle sera la réparation juste et convenable en vertu de la *Charte*.

Cela étant dit, il existe deux processus distincts d'exclusion de la preuve en vertu de la *Charte*. Tout d'abord, l'exclusion de la preuve en vertu du paragraphe 24(1) vise notamment à prévenir une violation des principes de justice fondamentale prévus à l'article 7 et des droits garantis à l'alinéa 11d) de la *Charte*. À l'opposé, la seconde forme d'exclusion prévue au paragraphe 24(2) mène au rejet de la preuve obtenue suite à une contravention de la *Charte*. Par conséquent, le paragraphe 24(1) permet de préser-

- 
2. Pierre Béliveau et Martin Vauclair, *Traité général de preuve et de procédure pénales*, 12<sup>e</sup> éd., Montréal, Thémis, 2005 à la p. 219 [Béliveau et Vauclair].
  3. *Ibid.* à la p. 35.
  4. Yves Paradis et Guy Cournoyer, «La Charte canadienne : la procédure» dans *Droit pénal procédure et preuve*, Collection de droit, vol. 11, Montréal, Yvon Blais, 2004-2005, 201 à la p. 205.
  5. David M. Paciocco et Lee Stuesser, *The law of evidence*, 4<sup>e</sup> éd., Toronto, Irwin law, 2005 à a p. 317 [Paciocco et Stuesser].

ver l'équité du procès en prévenant l'utilisation d'éléments de preuve préjudiciables, alors que le paragraphe 24(2) fixe les conditions d'exclusion d'une preuve obtenue suite à la violation ou à la négation des droits garantis par la *Charte*<sup>6</sup>. Selon les auteurs Béliveau et Vauclair, «la première règle d'exclusion porte donc uniquement sur l'effet de l'utilisation d'une preuve tandis que la seconde présuppose l'existence d'une violation»<sup>7</sup>.

Malgré cette distinction fondamentale, ces deux dispositions comportent des similitudes quant aux «critères qui les gouvernent, et plus particulièrement en ce qui a trait à l'équité du procès»<sup>8</sup>. La préservation de l'équité du procès est donc un objectif central de l'article 24 et c'est en se basant sur celui-ci qu'il faut déterminer la réparation appropriée. Ces précisions d'ordre général étant maintenant apportées, examinons plus spécifiquement la mécanique du paragraphe 24(2).

### **1.2. Les critères relatifs au paragraphe 24(2) de la Charte**

Tel que vu précédemment, le paragraphe 24(2) accorde une réparation lorsqu'il y a violation ou négation d'un droit garanti par la *Charte*. Par conséquent, la prémisse qui sous-tend l'application du paragraphe 24(2) est l'existence d'une violation ou d'une négation démontrée selon la balance des probabilités par la personne invoquant une contravention à ses droits constitutionnels<sup>9</sup>. Ainsi, il appert du libellé du paragraphe 24(2) que la réparation accordée par cette disposition consiste en l'exclusion des éléments de preuve obtenus en violation de la *Charte* :

**24(2) :** *Lorsque, dans une instance visée au paragraphe (1), le tribunal a conclu que des éléments de preuve ont été ob-*

---

6. Béliveau et Vauclair, *supra* note 2 aux pp. 219-220.

7. R. c. *White*, [1999] 2 R.C.S. 417 au para. 85; voir aussi Béliveau et Vauclair, *supra* note 2 à la p. 220.

8. Béliveau et Vauclair, *supra* note 2 à la p. 220; voir aussi Piaciocco et Stuesser, *supra* note 5 aux pp. 322-323.

9. Louise Viau, «La preuve pénale» dans *Droit pénal procédure et preuve*, Collection de droit, vol. 11, Montréal, Yvon Blais, 2004-2005, 101 à la p. 113 [Viau].

*tenus dans des conditions qui portent atteinte aux droits ou libertés garantis par la présente charte, ces éléments de preuve sont écartés s'il est établi, eu égard aux circonstances, que leur utilisation est susceptible de déconsidérer l'administration de la justice<sup>10</sup>.*

Pour bénéficier de ce remède, le requérant doit donc démontrer l'application de ce paragraphe. À cet effet, l'arrêt *Therens* émet le principe selon lequel l'exclusion des éléments de preuve est accordée seulement lorsque les deux conditions suivantes sont rencontrées : la preuve doit avoir été obtenue dans des conditions qui violent la *Charte* et son utilisation doit être susceptible, compte tenu des circonstances, de déconsidérer l'administration de la justice<sup>11</sup>. Ce principe a été repris par le juge Lamer dans l'arrêt *Collins*. Ce dernier décrit la démarche à suivre afin de déterminer si l'utilisation d'une preuve est de nature à déconsidérer l'administration de la justice<sup>12</sup>. Ce premier arrêt de principe a permis de «définir l'objet de la règle d'exclusion et de regrouper les facteurs pertinents lors de l'évaluation par le juge du procès»<sup>13</sup>. Ainsi, la Cour suprême a établi une structure permettant de déterminer si l'admission de certains éléments de preuve est susceptible de déconsidérer l'administration de la justice<sup>14</sup>. Toutefois, il est primordial de garder à l'esprit le but de cette règle d'exclusion : celle-ci n'a pas pour objectif de réprimander la conduite inacceptable de certains policiers mais vise plutôt la préservation de l'équité et de l'intégrité de l'administration de la justice<sup>15</sup>.

Dans cette optique, le juge Lamer énonce trois groupes de facteurs qui doivent être pris en considération par le juge du procès afin d'évaluer le discrédit que l'admission ou l'exclusion de la preuve pourrait engendrer sur le système de justice. Le premier groupe de facteurs est lié à l'impact de l'admission de la preuve

---

10. *Charte canadienne*, *supra* note 1 au para. 24(2).

11. *R. c. Therens*, [1985] 1 R.C.S. 613 à la p. 648 [*Therens*]; voir aussi Béliveau et Vauclair, *supra* note 2 à la p. 224.

12. *R. c. Collins*, [1987] 1 R.C.S. 265 [*Collins*].

13. Viau, *supra* note 9 à la p. 114.

14. Piaciocco et Stuesser, *supra* note 5 à la p. 331.

15. Viau, *supra* note 9 à la p. 114.

sur l'équité du procès. Le second groupe se rapporte à la gravité de la violation et le troisième concerne l'effet de l'exclusion de la preuve sur la considération dont jouit l'administration de la justice<sup>16</sup>. Il convient de se pencher sur le contenu de chacun de ces groupes de facteurs.

### **1.2.1. Le critère de l'équité du procès**

Le critère de l'équité du procès vise à assurer à tout accusé le droit à un procès équitable et juste. Ce concept consacre l'intérêt du public à connaître la vérité tout en sauvegardant l'équité en matière de procédure pour l'accusé<sup>17</sup>. Il va sans dire que l'équité du procès est indéniablement un élément déterminant de l'administration de la justice; il s'agit par conséquent du facteur le plus important à considérer dans l'analyse<sup>18</sup>. Ce premier critère s'applique peu importe la gravité de l'infraction reprochée ; l'analyse de celui-ci est donc faite sans tenir compte de l'infraction commise<sup>19</sup>. À cette étape, il faut plutôt s'attarder sur la nature de la preuve obtenue et sur celle du droit violé<sup>20</sup>. Après avoir passé en revue l'évolution jurisprudentielle de la notion d'atteinte à l'équité du procès, le juge Cory dans l'arrêt *Stillman* a résumé l'état du droit quant à l'examen de ce facteur selon ces paramètres : il y a atteinte à l'équité du procès lorsque la preuve a été obtenue en mobilisant l'accusé contre lui-même (étape 1) et que celle-ci n'aurait pu être découverte «n'eut été de la violation» (étape 2)<sup>21</sup>.

Une preuve est obtenue en mobilisant l'accusé contre lui-même au sens de l'étape 1 : «lorsque l'accusé, en violation de ses droits garantis par la *Charte*, est forcé de s'incriminer sur l'ordre de l'État au moyen d'une déclaration, de l'utilisation de son corps ou de la production de substances corporelles»<sup>22</sup>. Il existe deux conduites qui peuvent mener à l'obtention de ce genre de preuve,

---

16. *Collins*, *supra* note 12.

17. *R. c. Harrer*, [1995] 3 R.C.S. 562 au para. 45.

18. *Viau*, *supra* note 9 à la p. 114.

19. *Béliveau et Vauclair*, *supra* note 2 à la p. 227.

20. *Collins*, *supra* note 12 à la p. 284.

21. *R. c. Stillman*, [1997] 1 R.C.S. 607 au para. 119 [*Stillman*].

22. *Ibid.* au para. 80.

soit contraindre l'accusé à créer une preuve qui n'existait pas avant la violation, soit l'amener à participer à la découverte de celle-ci<sup>23</sup>. Le fardeau de preuve lors de cette première étape de l'analyse élaborée par le juge Cory, revient au requérant selon la balance des probabilités<sup>24</sup>.

Lorsque la preuve est qualifiée *d'obtenue en mobilisant l'accusé contre lui-même*, une étape additionnelle s'impose : cette preuve aurait-elle pu être découverte n'eut été de la violation? À ce stade le fardeau de preuve incombe au ministère public<sup>25</sup>. Le juge Cory dans l'arrêt *Stillman*, identifie deux situations au cours desquelles l'équité du procès pourrait être ainsi préservée : il s'agit de la source indépendante ou de la découverte inévitable<sup>26</sup>.

L'arrêt *Colarusso*<sup>27</sup> illustre parfaitement la première situation exposée dans *Stillman*. Dans cette cause, les policiers se sont vus remettre des échantillons de sang à des fins médicales alors que l'accusé avait refusé de fournir des échantillons d'haleine. La Cour suprême a déterminé que les policiers auraient pu obtenir légalement un mandat de perquisition pour l'obtention des échantillons de sang. Pour cette raison, la Cour a conclu en l'existence d'une source indépendante permettant l'acquisition de la preuve en litige.

Quant à la seconde situation, prenons comme exemple l'arrêt *Black*<sup>28</sup>. Dans cette cause, les policiers n'ont pas autorisé l'accusée à recourir aux services d'un avocat. Ce faisant, ils ont obtenu d'elle une déclaration incriminante qui les a conduit à l'arme du crime, cachée dans l'appartement de l'accusée. Considérant le fait que les policiers auraient assurément procédé à la

---

23. *Stillman*, *supra* note 21 au para. 75.

24. *Ibid.* au para. 119; voir aussi Béliveau et Vauclair, *supra* note 2 à la p. 228.

25. *Stillman*, *supra* note 21 aux pp. 119.

26. *Ibid.* aux pp. 101-107; voir aussi Piaciocco et Stuesser, *supra* note 5 à la p. 340.

27. *R. c. Colarusso*, [1994] 1 R.C.S. 20.

28. *R. c. Black*, [1989] 2 R.C.S. 138.



fouille de l'appartement, la Cour est parvenue à la conclusion que la découverte de l'arme (un couteau) était inévitable en l'espèce<sup>29</sup>.

Dans l'éventualité où l'une de ces deux situations est présente, l'équité du procès est préservée. L'analyse des deux autres critères élaborés dans l'arrêt *Collins* doit donc être effectuée.

### **1.2.2. Le critère de la gravité de la violation**

Le deuxième critère de l'arrêt *Collins* commande une étude de la conduite des autorités chargées d'appliquer la loi<sup>30</sup>. L'objet de ce critère est de désavouer une conduite policière inacceptable et d'assurer une dissociation judiciaire afin de préserver la considération dont jouit l'administration de la justice<sup>31</sup>. Dans l'arrêt *Silveira*<sup>32</sup>, la Cour dresse une liste non exhaustive de facteurs à considérer lors de l'analyse de ce critère :

- *Est-ce que la violation est commise par inadvertance ou de bonne foi ou est-ce une violation délibérée?*
- *Est-ce que la violation est sérieuse ou est-elle plutôt de nature technique?*
- *Existe-t-il une situation d'urgence ou de nécessité?*
- *Existe-t-il d'autres méthodes d'enquête disponibles pour les policiers évitant ainsi une violation des droits constitutionnels?*<sup>33</sup>

Évidemment, ces quatre facteurs seront évalués en fonction de chaque cas d'espèce. Il faudra alors déterminer s'il s'agit d'un facteur aggravant ou atténuant la gravité de la violation. Pour bien comprendre ce processus, il importe d'approfondir chacun des facteurs indicatifs de la gravité de la violation.

---

29. *Ibid.* à la p. 164.

30. Viau, *supra* note 9 à la p.115.

31. R. c. *Mann*, [2004] 3 R.C.S. 59 au para. 53 [*Mann*].

32. R. c. *Silveira*, [1995] 2 R.C.S. 297 [*Silveira*]; voir aussi Piaciocco et Stuesser, *supra* note 5 à la p. 343.

33. *Silveira*, *ibid.* à la p. 367.

### **1.2.2.1. La bonne foi des policiers**

La conduite de bonne foi des corps policiers est assurément un facteur atténuant, c'est-à-dire un élément militant en faveur de l'admission de la preuve. Ce facteur est évalué en fonction des agissements et des intentions des agents de l'ordre intervenant dans un dossier donné. Ainsi, une violation commise par simple inadvertance ne saurait justifier l'exclusion de la preuve qui en découle<sup>34</sup>. Toutefois, un agent de la paix ne pourra être considéré comme agissant de bonne foi lorsque la violation découle d'une «erreur déraisonnable [...] ou de la méconnaissance de l'étendue de son pouvoir»<sup>35</sup>. Évidemment, une incompréhension significative des obligations prévues à la *Charte* démontrera un mépris flagrant des droits constitutionnels des accusés et constituera alors un facteur aggravant<sup>36</sup>. Dans l'arrêt *Feeney*, la Cour a d'ailleurs conclu qu'il était manifestement déraisonnable pour un agent de la paix d'ignorer ses obligations constitutionnelles et elle a par conséquent, exclu la preuve dans ce dossier<sup>37</sup>. Ajoutons que le fait qu'un agent n'a pas agi de bonne foi ne signifie toutefois pas nécessairement qu'il était de mauvaise foi<sup>38</sup>.

### **1.2.2.2. Le caractère sérieux de l'atteinte au droit**

De prime abord, certaines violations seront substantielles alors que d'autres seront plus techniques. Cela étant, notons simplement qu'il importe de considérer l'effet de la violation sur l'accusé pour déterminer le caractère sérieux de l'atteinte<sup>39</sup>. Il faut tenir compte, par exemple, de l'importance de l'atteinte à la vie privée lors d'une violation de l'article 8 de la *Charte*<sup>40</sup>. Une perquisition illégale dans une maison d'habitation aura donc un niveau de gravité plus élevé<sup>41</sup>. Par ailleurs, le caractère technique de la

---

34. *R. c. Strachan*, [1998] 2 R.C.S. 980 aux pp.1007-1008.

35. *Mann*, *supra* note 31 au para. 55.

36. *Piaciocco et Stuesser*, *supra* note 5 à la p. 347.

37. *R. c. Feeney*, [1997] 2 R.C.S. 13 [*Feeney*].

38. *Béliveau et Vauclair*, *supra* note 2 à la p. 239.

39. *Piaciocco et Stuesser*, *supra* note 5 à la p. 345.

40. *Béliveau et Vauclair*, *supra* note 2 à la p. 235.

41. *Feeney*, *supra* note 37 aux pp. 73 et 77.

violation ou l'acte bref et isolé lors d'une intervention légale, constituent évidemment des violations de moindre importance et militent en faveur de l'admission de la preuve<sup>42</sup>.

### **1.2.2.3. L'existence d'une situation d'urgence**

La Cour suprême a établi que l'urgence de la situation ou la nécessité d'une violation de la *Charte* pour préserver un élément de preuve peut diminuer la gravité de la violation. Cependant, l'agent de l'État doit avoir des motifs sérieux de croire à une situation d'urgence ou de nécessité ; le simple fait de croire qu'il existe une possibilité que les éléments de preuve soient détruits ne suffit pas<sup>43</sup>. Il doit donc exister un risque imminent quant à leur perte, leur enlèvement ou leur destruction<sup>44</sup>. De plus, l'urgence suscitée par la préservation de la preuve ne doit pas faire en sorte de justifier une atteinte intentionnelle aux droits constitutionnels<sup>45</sup>.

### **1.2.2.4. La disponibilité d'autres méthodes d'enquête**

L'existence d'autres méthodes d'enquête conformes à la *Charte* et permettant de découvrir les éléments de preuve rend certainement la violation plus sérieuse. Le défaut des corps policiers d'utiliser ces autres méthodes disponibles démontre «qu'ils n'ont pas fait d'efforts sincères pour s'acquitter de leurs obligations constitutionnelles»<sup>46</sup>. Lorsqu'un agent de l'État a connaissance de celles-ci mais ne les applique pas, sa conduite traduit une certaine mauvaise foi, mais s'il les ignore alors qu'il aurait dû les connaître, sa conduite peut se qualifier de négligente<sup>47</sup>.

---

42. Béliveau et Vauclair, *supra* note 2 aux pp. 237-238.

43. Feeney, *supra* note 37 aux pp. 52-53.

44. R. c. Buhay, [2003] 1 R.C.S. 631 au para. 62 [Buhay].

45. Piaciocco et Stuesser, *supra* note 5 à la p. 348.

46. Buhay, *supra* note 44 au para. 63.

47. R. c. Dyment, [1988] 2 R.C.S. 417 aux pp. 437-438.

### **1.2.3. Le critère de l'effet de l'exclusion sur l'administration de la justice**

Ce troisième groupe de facteurs concerne l'évaluation de la déconsidération du système de justice pouvant découler de l'exclusion d'un élément de preuve obtenu en violation des droits fondamentaux<sup>48</sup>. Ce dernier critère vise à évaluer l'intérêt de découvrir la vérité et l'intégrité du système judiciaire<sup>49</sup>. À cette étape, il faut examiner le contexte dans lequel s'est déroulée l'infraction. Pour ce faire, l'on doit prendre en considération la gravité du crime reproché, la fiabilité de la preuve à exclure et l'importance de la preuve pour la poursuite<sup>50</sup>.

#### **1.2.3.1. La gravité de l'infraction**

Bien que la gravité de l'infraction soit à considérer dans l'analyse du critère de l'effet de l'exclusion, toute violation ne saurait être justifiée sous prétexte d'un crime abject. Cela étant, il importe d'envisager le discrédit à long terme qu'engendrerait la tolérance de ce type de violations<sup>51</sup>. Il faut également souligner que le paragraphe 24(2) a pour objectif la protection de l'intégrité du système de justice et la promotion de la probité des techniques d'enquête<sup>52</sup>. Par ailleurs, lorsque l'infraction reprochée est de nature sommaire ou quasi-criminelle, il est évident que l'exclusion de la preuve est moins susceptible de déconsidérer l'administration de la justice<sup>53</sup>. À l'inverse, plus le crime est sérieux et plus la sauvegarde des droits devient indispensable<sup>54</sup>.

---

48. Béliveau et Vauclair, *supra* note 2 à la p. 240.

49. Buhay, *supra* note 44 au para. 67.

50. Béliveau et Vauclair, *supra* note 2 à la p. 240; voir aussi R. c. Kitaitchik, (2002) 166 C.C.C. (3d) 14 au para. 47 (C.A.O.).

51. Béliveau et Vauclair, *supra* note 2 aux pp. 241-242.

52. Feeney, *supra* note 37 au para. 82.

53. R. c. Law, [2002] 1 R.C.S. 227 au para. 39 [Law].

54. Piaciocco et Stuesser, *supra* note 5 aux pp. 350-351.

### **1.2.3.2. La fiabilité et l'importance de la preuve en litige**

Lorsqu'une preuve obtenue en contravention d'un droit est déterminante quant à la culpabilité de l'accusé, cela constituera un élément jouant en faveur de son admission. À cet effet, la fiabilité d'une preuve est un facteur à considérer afin d'évaluer son importance<sup>55</sup>. À l'opposé, si la poursuite dispose d'autres éléments de preuve, l'exclusion risque alors moins de déconsidérer l'administration de la justice<sup>56</sup>. Pour reprendre les termes de l'arrêt *Feeney* : « Tout coût social que la perte d'une telle déclaration de culpabilité est susceptible d'engendrer est pleinement justifié dans une société libre et démocratique régie par la primauté du droit »<sup>57</sup>.

En résumé, le paragraphe 24(2) de la *Charte* est une disposition qui s'applique lorsqu'il y a violation d'un droit constitutionnel. Le remède applicable en vertu de ce paragraphe est l'exclusion de la preuve. Pour parvenir à cette réparation, la jurisprudence établit une démarche à suivre et des facteurs à considérer afin d'évaluer la déconsidération de l'administration de la justice suite à cette violation. Plus spécifiquement, l'arrêt *Collins* établit les trois critères à prendre en considération soit, le critère de l'équité du procès, celui de la gravité de la violation et le critère de l'effet de l'exclusion de la preuve sur l'administration de la justice. Malgré cette démarche en apparence claire, le paragraphe 24(2) comporte une multitude de nuances et de concepts dont il faut tenir compte pour appliquer correctement cette réparation. L'application de ce paragraphe par les juges de première instance a, par conséquent, donné lieu à de nombreux appels et conduit à la reconnaissance, par les cours d'appel, de l'expertise particulière du juge du procès en matière d'exclusion de preuve.

---

55. *Ibid.* à la p. 352.

56. *Buhay*, *supra* note 44 au para. 67; voir aussi Béliveau et Vauclair, *supra* note 2 à la p. 240.

57. *Feeney*, *supra* note 37 au para. 83.

## **2. LA RÉVISION DES DÉCISIONS RENDUES EN VERTU DU PARAGRAPHE 24(2) DE LA CHARTE**

### **2.1. L'expertise du juge du procès**

Dans la présente section, nous traiterons de l'expertise reconnue aux juges du procès quant à la mise en oeuvre du paragraphe 24(2) de la *Charte*. Il s'agit d'une expertise particulière dont nous tenterons de comprendre l'essence et l'objet. Auparavant, mentionnons que la jurisprudence a déterminé que l'application du paragraphe 24(2) constitue une question mixte de fait et de droit. Il en est ainsi puisque l'évaluation de la déconsidération de la justice suppose l'application d'une norme juridique à un ensemble de faits<sup>58</sup>.

Selon la Cour suprême, les tribunaux d'appel doivent faire preuve de déférence à l'égard des décisions des juges de première instance relatives à la notion de déconsidération du système de justice. En effet, l'intervention des cours d'appel quant à l'application du paragraphe 24(2) de la *Charte* est requise seulement lorsqu'il existe «une erreur manifeste quant aux principes de droit applicables ou lorsque le juge de première instance est parvenu à une conclusion déraisonnable»<sup>59</sup>. Les cours d'appel sont donc assujetties à cette norme plus stricte quant à l'évaluation du paragraphe 24(2) de la Charte, même si l'article 686 du *Code criminel* édicte clairement leurs pouvoirs d'intervention. Il s'ensuit que les instances supérieures ne sont pas autorisées à annuler les conclusions du juge du procès pour y substituer les leurs même si elles considèrent qu'elles seraient parvenues à des conclusions différentes<sup>60</sup>. Une immixtion des tribunaux d'appel dans les décisions des juges des tribunaux inférieurs en l'absence d'une erreur

---

58. *Buhay*, *supra* note 44 au para. 45.

59. Voir notamment : *Buhay*, *supra* note 44 au para. 44-45; *Law*, *supra* note 53 au para. 32; *Stillman*, *supra* note 21 au para. 68; R. c. *Belnavis*, [1997] 3 R.C.S. 341 au para. 35 [*Belnavis*]; R. c. *Duguay*, [1989] 1 R.C.S. 93 à la p. 98 [*Duguay*].

60. *Belnavis*, *ibid.* aux para. 73, 75.

manifeste quant aux principes de droit applicables ou d'une conclusion déraisonnable, constitue donc une erreur de droit.

Cet appel à la retenue a d'abord été formulé par le juge *Lamer* dans l'arrêt *Collins*. Ce dernier fait mention que la décision d'écarter un élément de preuve conformément au paragraphe 24(2) de la *Charte* est une question de droit sur laquelle il est possible de se pourvoir en appel<sup>61</sup>. Le juge *Lamer* prévient toutefois les tribunaux d'appel «qu'ils ne [doivent] pas s'ingérer trop promptement dans les décisions des juges de première instance sur les questions relatives au paragraphe 24(2) de la Charte»<sup>62</sup>. Ainsi, les cours d'appel sont justifiées d'intervenir seulement lorsque le juge du procès a utilisé son pouvoir discrétionnaire de manière déraisonnable<sup>63</sup>.

Subséquemment, les juges majoritaires dans l'arrêt *Duguay* appliquent ce critère de déférence à l'égard des tribunaux des instances supérieures tout en y ajoutant ce commentaire révélateur :

En l'absence d'erreur manifeste quant aux principes ou aux règles de droit applicables, ou en l'absence de conclusion déraisonnable, il n'appartient pas vraiment à cette Cour, bien qu'elle ait compétence pour le faire, de réviser les conclusions tirées par les tribunaux d'instance inférieure en vertu du par. 24(2) de la Charte et de substituer son opinion en la matière à celle de la Cour d'appel<sup>64</sup>.  
[Nous soulignons]

Ainsi, malgré la compétence de la Cour suprême pour intervenir dans les cas d'application du paragraphe 24(2), les juges majoritaires prônent la déférence quant à la révision des décisions des cours d'appel. Pourtant, l'article 691 du *Code criminel* donne expressément compétence à la Cour suprême pour entendre toutes questions de droit. Signalons que les juges majoritaires omettent de mentionner pourquoi l'immixtion des tribunaux d'appel

---

61. *Collins*, *supra* note 12 à la p. 276.

62. *Ibid.* à la p. 276.

63. *Ibid.* à la p. 281.

64. *Duguay*, *supra* note 59 à la p. 98.

doit se limiter à ces cas particuliers. Le commentaire mis en exergue laisse toutefois croire qu'il ne s'agit pas d'une question de légalité de l'intervention mais plutôt de simple opportunité. Les jugements subséquents ont néanmoins repris servilement ce critère de déférence tout en le résumant graduellement à sa formulation actuelle : «*une erreur manifeste quant aux principes ou aux règles de droit applicables, ou conclusion déraisonnable*»<sup>65</sup>.

Bref, la jurisprudence limite donc le pouvoir d'intervention des cours d'appel lors de la révision des décisions rendues en vertu du par. 24(2) malgré leur compétence. Cela dit, ce critère ne semble pas être appliqué de façon constante puisque dans l'arrêt *Kokesch*, il est plutôt fait mention qu'une simple erreur de droit ou une erreur quant aux principes applicables permet l'intervention des cours d'appel. Voici d'ailleurs le passage du juge en chef Dickson qui nous laisse perplexe sur la cohérence du critère de déférence édicté :

Notre Cour a reconnu à la majorité dans l'arrêt *R. c. Duguay*, qu'en l'absence d'erreur de droit ou d'erreur quant aux principes applicables, elle ne substituera pas son opinion à celle des cours d'instance inférieure en ce qui concerne l'application du par. 24(2) de la Charte<sup>66</sup>. [Nous soulignons]

De toute évidence, ce passage de l'arrêt *Kokesch* s'appuie sur l'arrêt *Duguay* sans pourtant reprendre le qualificatif «manifeste» utilisé pour qualifier l'erreur permettant l'intervention des cours d'appel. Il s'agit toutefois d'un cas isolé puisque les jugements les plus récents de la Cour suprême concernant le paragraphe 24(2) reprennent exactement le critère de déférence énoncé dans l'arrêt *Duguay*, sans toutefois élaborer longuement sur la justification et l'essence de cette obligation de retenue<sup>67</sup>. Tout au plus, l'arrêt *Buhay* explique en quoi consiste ce critère de défé-

---

65. Voir notamment : *Stillman*, *supra* note 21; *R. c. Mellenthin*, [1992] 3 R.C.S. 615; *R. c. Greffe*, [1990] 1 R.C.S. 755.

66. *R. c. Kokesch*, [1990] 3 R.C.S. 3 à la p. 20.

67. *Law*, *supra* note 53 aux pp. 38-41; voir aussi *Mann*, *supra* note 31 au para. 55; *Buhay*, *supra* note 44 au para. 46.



rence et avance une certaine explication afin de justifier l'application de ce principe aux tribunaux de première instance<sup>68</sup>. Notons que cette explication s'avère compatible avec la reconnaissance de l'expertise du juge du procès en matière d'exclusion de preuve en vertu du paragraphe 24(2) de la *Charte*.

Tel que mentionné précédemment, le critère de déférence est applicable seulement à l'évaluation de la déconsidération de la justice qui s'avère être une question mixte de fait et de droit. Ceci nous amène à conclure que la reconnaissance de l'expertise du juge du procès variera donc selon le type de questions. Détaillons successivement les motifs de révision possibles afin de mieux comprendre quelles seraient les limites de l'expertise reconnue aux tribunaux de première instance.

#### **2.1.1. L'expertise du juge du procès quant aux questions de fait**

La jurisprudence est unanime à l'effet que les juges de première instance possèdent une expertise en ce qui concerne l'appréciation des faits. Effectivement, il est mentionné dans l'arrêt *Buhay* que : «sur l'application du par. 24(2) comme toute autre question, le juge du procès entend la preuve et il est mieux placé pour apprécier la crédibilité des témoins et juger de l'effet de leurs témoignages»<sup>69</sup>. À ce sujet, le juge *Iacobucci* dans l'arrêt *Belnavis* justifie l'expertise particulière des juges du procès en énumérant les divers éléments propres au rôle joué par ces derniers :

Les juges du procès entendent directement les témoins. Ils observent leur comportement à la barre et entendent le ton de leurs réponses. Ils obtiennent donc beaucoup de renseignements qui ne se dégagent pas nécessairement d'une transcription, si complète soit-elle. Même si, sur le plan logistique, il était possible aux cours d'appel de réentendre régulièrement les témoins afin d'obtenir ces renseignements, elles ne le feraient pas ; l'examen et l'évaluation

---

68. *Buhay*, *supra* note 44 au para. 46.

69. *Ibid.* au para. 46.

de ce genre d'éléments de preuve relèvent de la compétence particulière de la cour de première instance <sup>70</sup>.

Pour ces raisons, les juges de première instance sont plus à même d'exercer cette fonction d'appréciation de la crédibilité des témoins et de parvenir à des conclusions de faits fiables.

La reconnaissance d'une telle expertise se traduit donc par une grande déférence quant aux conclusions de fait. Dans la mesure où les juges de première instance entendent directement les témoins, il ne fait aucun doute qu'ils sont en meilleure position pour apprécier leur crédibilité : «plus on remonte la chaîne d'appels, plus on perd cette compétence institutionnelle et plus le risque est grand de voir prendre une décision qui ne reflète pas la réalité de la situation»<sup>71</sup>. Les tribunaux d'appel ne sont donc pas autorisés à substituer leur opinion à celle du juge de première instance à moins que ce dernier ne soit parvenu à une conclusion de fait déraisonnable.

### **2.1.2. L'expertise du juge du procès quant aux questions mixtes**

L'arrêt *Buhay* établit que l'application du paragraphe 24(2) de la *Charte* constitue une question mixte de fait et de droit, c'est-à-dire l'application d'une norme juridique à un ensemble de faits. Plus précisément, la question de savoir si l'utilisation d'un élément de preuve est susceptible de déconsidérer l'administration de la justice possède ce caractère de mixité<sup>72</sup>. Pour cette raison, un pouvoir discrétionnaire est accordé aux juges du procès au moment de l'analyse de la déconsidération de l'administration de la justice. Sur ce point, l'arrêt *Therens* précise toutefois que lorsque le juge du procès conclut que l'utilisation de la preuve est susceptible de déconsidérer l'administration de la justice : «il a le devoir et non le pouvoir discrétionnaire d'écarter cette preuve»<sup>73</sup>. Ainsi,

---

70. *Belnavis*, *supra* note 59 au para. 76.

71. *Ibid.*

72. *Buhay*, *supra* note 44 au para. 45.

73. *Therens*, *supra* note 11 à la p. 654.

une distinction s'impose entre la conclusion du juge du procès concernant l'effet sur la déconsidération «qui suppose une appréciation de la preuve dans l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire, et la décision judiciaire d'écarter un élément de preuve, qui constitue un devoir qui en découle»<sup>74</sup>. La révision de ce pouvoir discrétionnaire commande une retenue des instances supérieures puisque ce pouvoir discrétionnaire exige l'appréciation de la preuve et l'exercice d'une grande part de discernement<sup>75</sup>. Pour exercer cette discrétion, le juge doit appliquer le critère de l'homme raisonnable, soit une personne moyenne, «mais uniquement lorsque l'humeur courante de la société est raisonnable»<sup>76</sup>. Au surplus, l'arrêt *Collins* limite considérablement ce pouvoir discrétionnaire en édictant que celui-ci est enchâssé dans les valeurs de la société et, plus spécifiquement, les valeurs à long terme<sup>77</sup>. Le juge du procès doit donc exercer ce pouvoir dans les limites édictées par la jurisprudence.

Par ailleurs, l'arrêt *Housen c. Nikolaisen* établit qu'une norme de contrôle exigeante doit s'appliquer à une erreur mixte de fait et de droit. Il y aura erreur mixte lorsque le juge du procès examine tous les éléments de preuve que le droit lui impose de prendre en considération, mais en tire une conclusion erronée<sup>78</sup>. Dans ces cas, il y néanmoins lieu d'appliquer le critère de l'erreur manifeste, soit l'erreur manifeste quant à l'application des principes ou règles de droit aux faits. Cette obligation de retenue s'accorde avec le pouvoir discrétionnaire conféré au juge du procès quant à la conclusion concernant la déconsidération de l'administration de la justice.

Cela dit, la distinction entre les questions de droit et les questions mixtes de fait et de droit demeure difficile à tracer. Ainsi, une erreur touchant une question mixte peut parfois constituer

---

74. *Buhay*, *supra* note 44 au para. 44.

75. *Ibid.*

76. *Collins*, *supra* note 12 à la p. 282.

77. *Ibid.* à la p. 283.

78. *Housen c. Nikolaisen*, [2002] 2 R.C.S. 235 au para. 28 [*Housen*].

une erreur de droit. À ce sujet, l'arrêt *Southam* nous propose la distinction suivante :

[S]i un décideur dit que, en vertu du critère applicable, il lui faut tenir compte de A, B, C et D, mais que, dans les faits, il ne prend en considération que A, B, et C, alors le résultat est le même que s'il avait appliqué une règle de droit lui dictant de ne tenir compte que de A, B et C. Si le bon critère lui commandait de tenir compte aussi de D, il a en fait appliqué la mauvaise règle de droit et commis, de ce fait, une erreur de droit<sup>79</sup>.

En résumé, les questions mixtes de fait et de droit sont assujetties à la norme de l'erreur manifeste, à moins que le juge du procès «n'ait clairement commis une erreur de principe isolable en déterminant la norme applicable ou en appliquant cette norme»<sup>80</sup>.

### **2.1.3. L'expertise du juge du procès quant aux questions de droit**

En premier lieu, il importe de faire une distinction entre les diverses questions de droit en jeu lors de l'analyse du paragraphe 24(2) de la *Charte*. Tel que vu précédemment, la décision du juge du procès quant à la déconsidération de la justice est assujettie à un devoir d'écarter ou non l'élément de preuve visé par la règle d'exclusion. Selon la jurisprudence, cette décision d'exclure la preuve ou non est une question de droit assujettie à la norme de la décision correcte. Les cours d'appel peuvent par conséquent intervenir lorsqu'il y a une erreur simple de droit<sup>81</sup>.

Il est également possible pour un juge de commettre une erreur de droit dans l'évaluation de la déconsidération de la justice. Pour ce genre d'erreur, la jurisprudence établit le critère de l'erreur manifeste quant aux principes ou règles de droit applicables pour éviter l'immixtion des cours d'appel dans les décisions de

---

79. *Canada (directeur des enquêtes et recherches) c. Southam*, [1997] 1 R.C.S. 748 au para. 39.

80. *Housen*, *supra* note 78 au para. 37.

81. *Collins*, *supra* note 12 à la p. 276.

première instance<sup>82</sup>. Or, il est particulièrement difficile de comprendre la raison justifiant l'existence d'une telle déférence. En effet, la jurisprudence établit que la norme de contrôle généralement applicable à une question de droit est la norme de la décision correcte<sup>83</sup>. En règle générale, les tribunaux d'appel peuvent substituer leur opinion à une décision de première instance en présence d'une simple erreur de droit<sup>84</sup>. Il est possible de justifier l'imposition de cette norme en considérant le rôle des tribunaux d'appel comme permettant de «préciser et de raffiner les règles de droit et de veiller à leur application universelle»<sup>85</sup>. Pour ce faire, les instances supérieures ont manifestement besoin d'un large pouvoir de contrôle face aux questions de droit<sup>86</sup>.

Cela dit, revenons à la notion d'erreur manifeste. Dans son sens usuel, le terme «manifeste» signifie «de nature ou d'existence évidente»<sup>87</sup>. Ainsi, il faut que l'erreur quant aux principes ou aux règles de droit applicables soit évidente, c'est-à-dire apparente, claire, flagrante. Les principes de droit applicables concernant le paragraphe 24(2) de la *Charte* sont les critères établis dans l'arrêt de principe *Collins* et subséquemment étayés par une jurisprudence abondante. Celle-ci étant toutefois mitigée quant à la méthode d'application de ces critères, il s'avère particulièrement complexe de déterminer à quel moment survient une erreur manifeste de droit.

Il semble y avoir effectivement contradiction quant à l'application des critères développés dans l'arrêt *Collins*. Certains magistrats prétendent que lorsqu'un tribunal parvient à la conclusion, au premier critère, que l'admission de la preuve rendrait le procès inéquitable, les éléments de preuve devraient nécessairement être exclus. L'analyse se terminerait alors sans procéder à l'évaluation des deux autres critères puisqu'un procès iné-

---

82. *Buhay*, *supra* note 44 au para. 44.

83. *Housen*, *supra* note 78 au para. 8.

84. *Ibid.*

85. *Ibid.* au para. 9.

86. *Ibid.*

87. *Le petit Larousse illustré*, 2006, s.v. «manifeste».

quitte déconsidère forcément l'administration de la justice<sup>88</sup>. À l'opposé, une seconde approche préconise l'analyse systématique de tous les critères avant de se prononcer quant à l'effet sur la considération dont jouit l'administration de la justice. Par conséquent, la conclusion d'un procès inéquitable sera évaluée en pondération avec les autres critères<sup>89</sup>, comme cela a été le cas dans l'arrêt *Orbanski*<sup>90</sup>. La jurisprudence ne semble donc pas fixée quant à la démarche à suivre.

Cette controverse s'avère lourde de conséquences. Si les tribunaux ne peuvent s'entendre sur la démarche exacte à suivre, comment les tribunaux d'appel pourront-ils reconnaître une erreur manifeste quant à la mise en application de ces critères, d'autant plus que l'analyse du paragraphe 24(2) est parfois extrêmement subjective comme le souligne un auteur : «Il n'en demeure pas moins que l'application correcte de ces divers critères à une même situation de fait pourra donner lieu à des évaluations fort différentes»<sup>91</sup>.

Ainsi, il semble difficile de déterminer si le juge du procès applique correctement les normes juridiques dégagées par le paragraphe 24(2) de la *Charte*. Dans ce contexte, comment un tribunal d'appel pourra-t-il conclure qu'il s'agit d'une erreur manifeste dans l'application des principes de droit aux faits, considérant que la jurisprudence sur cette question n'est pas claire? Plus spécifiquement, peut-on considérer comme une erreur de droit le fait de ne pas tenir compte des trois facteurs élaborés dans l'arrêt *Collins*? Considérant que rien n'est définitivement fixé quant à l'application de ce test, nous croyons que nulle erreur ne pourra

---

88. *Stillmann*, *supra* note 21.

89. *Collins*, *supra* note 12.

90. *R. c. Orbanski*; *R. c. Elias*, 2005 CSC 37, [2005] 2 R.C.S. 3. Le juge *Lebel* dans son opinion concurrente, a fait mention que bien qu'il s'agissait d'une preuve obtenue en mobilisant l'accusé contre lui-même, donc qui rendait le procès inéquitable, le juge de première instance devait tout de même tenir compte des deux autres critères de l'arrêt *Collins* avant de conclure que l'exclusion déconsidère ou non l'administration de la justice.

91. Yves de Montigny, «Grandeur et misère du recours en exclusion de la preuve pour des motifs d'ordre constitutionnel», (1995) 40 R.D. McGill 103 [de Montigny].

donc être qualifiée de manifeste tant qu'une position claire n'aura pas prévalu.

Quoiqu'il en soit, l'emploi d'un critère de déférence envers les décisions du juge du procès en matière d'exclusion de la preuve en vertu de la *Charte*, n'est pas sans rappeler le critère applicable à la révision des décisions des tribunaux de nature administrative. Rappelons à cet égard que les tribunaux judiciaires ont toujours fait preuve d'une grande retenue en matière de révision des décisions des tribunaux spécialisés. Cette attitude reconnaît que les décideurs siégeant aux tribunaux administratifs possèdent une expertise propre au domaine visé par la décision et qu'il faut donc leur faire confiance à moins de constater une erreur manifeste dans leur raisonnement juridique<sup>92</sup>. Autrement dit, l'emploi d'un critère de déférence à l'égard des décisions des tribunaux administratifs se fonde sur une considération pragmatique, soit la reconnaissance de leur expertise propre. Voyons si un tel raisonnement s'applique en matière d'exclusion de la preuve en vertu du paragraphe 24(2) de la *Charte*.

## **2.2. Les considérations pragmatiques justifiant la déférence en matière d'exclusion de la preuve**

À première vue, le recours à une norme de retenue élevée lors de la révision d'une décision rendue en matière de réparation en vertu du paragraphe 24(2) de la *Charte canadienne*, apparaît difficile à justifier. Cela dit, des considérations pragmatiques expliquent probablement le choix d'un tel critère. Examinons deux considérations pragmatiques pertinentes.

---

92. Parmi la multitude de textes à ce sujet, voir notamment l'analyse du juge Cory dans l'arrêt *Canada (Procureur général) c. Alliance de la fonction publique du Canada*, [1993] 1 R.C.S. 941 à la p. 951 et ss.

**2.2.1. La place privilégiée du juge du procès pour évaluer l'impact d'une décision sur la considération dont jouit le système de justice**

La position privilégiée du juge de première instance constitue une première considération pragmatique permettant de justifier la retenue dont doivent faire preuve les juridictions d'appel lors du réexamen des décisions portant sur le paragraphe 24(2) de la *Charte*. Sur ce point, il est instructif de tracer un parallèle avec la norme de révision applicable en matière de détermination de la peine.

La détermination de la peine appropriée dans un dossier donné constitue indubitablement une question mixte. En effet, le juge doit tenir compte des faits particuliers du dossier mais aussi des règles de droit pertinentes pour en arriver à une peine acceptable quant à sa nature et sa durée. Traditionnellement, les cours d'appel et plus particulièrement la Cour suprême, ont toujours prôné l'exercice d'une grande retenue avant de modifier la peine prononcée par un juge de première instance<sup>93</sup>. Cette position traduit une reconnaissance *de facto* de l'expertise du juge du procès en matière de détermination de la peine, expertise que ne possèdent pas les juges des différentes cours d'appel. Selon la Cour suprême cette expertise du premier juge résulte de sa position privilégiée :

Du fait qu'il sert en première ligne de notre système de justice pénale, [le juge de première instance] possède également une qualification unique sur le plan de l'expérience et de l'appréciation. Fait peut-être le plus important, le juge qui impose la peine exerce normalement sa charge dans la communauté qui a subi les conséquences du crime du délinquant ou à proximité de celle-ci. De ce fait, il sera à même de bien évaluer la combinaison particulière d'objectifs de détermination de la peine qui sera «juste et appropriée» pour assurer la protection de cette communauté. [...] Il ne faut pas intervenir à la légère dans l'exercice du pouvoir

---

93. *R. c. Shropshire*, [1995] 4 R.C.S. 227 au par. 46 [*Shropshire*].



discrétionnaire du juge chargé de la détermination de la peine <sup>94</sup>. [Nous soulignons]

Bref, l'expertise du juge de première instance en matière de détermination de la peine résulte du fait que cette question nécessite une connaissance intime de l'administration quotidienne de la justice dans la communauté concernée, connaissance qui est propre aux juges de premier niveau.

À notre avis, les motifs invoqués pour justifier la déférence en matière de détermination de la peine s'appliquent *mutatis mutandis* aux cas de révision des décisions rendues en vertu du paragraphe 24(2) de la *Charte canadienne*. En effet, la logique inhérente au paragraphe 24(2) s'articule autour de l'impact de l'utilisation de la preuve sur la considération dont jouit l'administration de la justice. Manifestement, le premier juge est la personne la mieux placée pour saisir le pouls de la communauté dans laquelle il siège. Chaque jour, il rencontre les citoyens impliqués dans les procédures judiciaires, que ce soit à titre de victimes, de témoins ou d'accusés. Dans le cadre de son travail, ce juge côtoie sur une base régulière les policiers, les avocats et les autres auxiliaires de la justice. Bref, son expérience quotidienne lui donne une perspective susceptible d'influencer sa perception de ce qui risque de ternir à long terme l'image de la justice dans sa communauté. Il va sans dire que les juges d'appel ne jouissent pas de cet avantage. La reconnaissance d'une obligation de retenue lors du réexamen des décisions relatives au paragraphe 24(2) de la *Charte canadienne* pourrait donc puiser sa source dans une considération pratique incontournable : les juges de première instance sont mieux placés lorsque vient le temps de déterminer si une décision en matière d'exclusion de preuve risque de déconsidérer l'administration de la justice.

---

94. *R. c. M. (C.A.)*, [1996] 1 R.C.S. 500 au par. 91 [*R. c. M.*]. Cet extrait fut par la suite cité avec approbation dans *R. c. Proulx*, [2000] 1 R.C.S. 61 au par. 126.

Cela étant dit, une seconde considération pragmatique pourrait justifier la déférence des cours d'appel en matière d'exclusion de preuve selon le paragraphe 24(2) de la *Charte*.

**2.2.2. La nécessité de limiter les appels de plein droit tout en préservant le pouvoir d'intervention des cours d'appel**

Cette seconde concession aux impératifs pratiques de l'administration de la justice s'avère moins noble et certainement plus controversée, que la prise en considération de la place privilégiée du premier juge. Depuis l'entrée en vigueur de la *Charte canadienne*, les appels de plein droit à la Cour suprême du Canada se sont multipliés. En effet, le nombre de jugements rendus sur des appels de plein droit est passé de 10 en 1981<sup>95</sup>, à 49 en 1996<sup>96</sup> alors que le nombre total de jugements rendus à ces époques restait identique, soit 118<sup>97</sup>. Afin de contrer cette tendance, le législateur fédéral a choisi de limiter les cas d'ouverture aux appels de plein droit en modifiant notamment le *Code criminel*<sup>98</sup>.

Cela étant dit, il y a fort à parier que les juges de la Cour suprême sont conscients, au moment où ils élaborent les règles propres à leur compétence en appel, des dangers inhérents à la reconnaissance d'un critère d'intervention trop bas. Une fois encore, une analogie avec les principes applicables en matière de détermination de la peine s'avère révélatrice. Rappelons que la Cour suprême fait preuve d'une grande sélectivité avant d'autoriser un appel portant sur la justesse d'une peine. En fait, le critère d'intervention est formulé ainsi dans l'arrêt *Shropshire* :

---

95. S.I. Bushnell, «Leave to Appeal Applications : The 1986-87 Term», (1988) 10 *Sup. Ct. L. Rev.* 361 à la p. 362 [Bushnell].

96. Selon les statistiques divulguées par la Cour suprême : Cour suprême du Canada, «Bulletin des procédures : édition spéciale, catégorie 3 : appels entendus» (18 mars 2007) en ligne : Cour suprême de Canada, <[http://www.scc-csc.gc.ca/information/statistics/HTML/cat3\\_f.asp](http://www.scc-csc.gc.ca/information/statistics/HTML/cat3_f.asp)>.

97. *Ibid.* Voir aussi Bushnell, *supra* note 95.

98. Voir à ce sujet les modifications apportées par la *Loi modifiant le Code criminel et certaines autres lois*, L.C. 1997, c. 18, art. 99.

Une cour d'appel ne devrait pas avoir toute latitude pour modifier une ordonnance relative à la détermination de la peine simplement parce qu'elle estime qu'une ordonnance différente aurait dû être rendue. [...] Il n'y a lieu de modifier la peine que si la Cour d'appel est convaincue qu'elle n'est pas indiquée, c'est-à-dire si elle conclut que la peine est nettement déraisonnable<sup>99</sup>. [Nous soulignons]

Cette attitude prudente en matière d'appel quant à la justesse d'une peine s'explique aisément : l'adoption d'une approche plus interventionniste ouvrirait la porte à une multiplication des dossiers d'appel.

Quoiqu'il en soit, un autre avantage indéniable de l'adoption d'une norme de contrôle exigeante en matière de révision des décisions en matière d'exclusion de la preuve, réside dans la marge de manœuvre inhérente à son application par le tribunal d'appel chargé d'entendre l'affaire. Un tel phénomène est manifeste dans le cadre des appels relatifs à la question de l'exclusion de la preuve en vertu du paragraphe 24(2) de la *Charte*. En effet, notre examen de la jurisprudence de la Cour suprême nous a permis de remarquer que le critère de déférence quant à l'intervention des cours d'appel n'est pas appliqué unanimement en pratique. Cette ambiguïté donne lieu à des interventions non uniformes des tribunaux d'appel. Tel que le mentionne le professeur de Montigny, cette amphibologie quant au rôle des juges du procès dans la mise en œuvre de la règle d'exclusion sert bien les intérêts de la Cour suprême :

Non seulement cette ambivalence soigneusement étudiée lui permet-elle de prétendre se faire l'interprète de la conscience collective alors même qu'elle impose sa propre vision de ce que requiert idéalement l'administration de la justice criminelle, mais encore l'autorise-t-elle plus prosaïquement à limiter considérablement le droit d'appel sans pour autant se

---

99. *Shropshire*, *supra* note 93 au par. 46. Cet extrait fut par la suite cité avec approbation dans *R. c. M.*, *supra* note 94 au par. 89.

dépouiller des pouvoirs dont elle dispose pour uniformiser et orienter l'exégèse du paragraphe 24(2)<sup>100</sup>. [Nous soulignons]

Cette zone grise quant au critère de déférence donne donc ouverture à une ingérence désordonnée des cours d'appel leur permettant ainsi de limiter arbitrairement les questions qu'elles entendront tout en refusant d'exclure à l'avance certaines d'entre elles. Les tribunaux d'instance inférieure continueront donc d'appliquer d'une manière ou d'une autre les critères de l'arrêt *Collins*, et les tribunaux d'appel, sans règle claire, choisiront ou non d'intervenir.

## CONCLUSION

La possibilité pour le juge du procès d'accorder une réparation convenable à la personne victime d'une violation de ses droits constitue un pouvoir nécessaire à l'application efficace de la *Charte*. L'exclusion, en vertu du paragraphe 24(2), de la preuve obtenue illégalement s'avère l'une des réparations possibles. Cependant, les critères qui permettent de déterminer si l'exclusion est appropriée demeurent flous.

Cette situation a des répercussions directes sur le processus d'appel d'une décision rendue en vertu du paragraphe 24(2). En effet, il est devenu difficile de comprendre exactement en quoi consiste le critère de déférence applicable en matière de réexamen de ces décisions et pourquoi la Cour suprême laisse subsister cette ambiguïté. Selon toute vraisemblance, le critère actuel présume la reconnaissance de l'expertise du juge du procès lorsqu'il est question d'évaluer l'impact d'une décision sur l'administration quotidienne de la justice. La reconnaissance d'une telle expertise ferait en sorte que la révision des décisions rendues en matière d'exclusion de la preuve devra être abordée de façon analogue à celle concernant les décisions rendues en matière de détermination de la peine.

---

100. de Montigny, *supra* note 91 à la p. 137.

Quoiqu'il en soit, l'application actuelle du critère de déférence est changeante. Malgré une application plus stricte de celui-ci en matière d'ingérence, les tribunaux ne semblent pas suivre une méthode uniforme. Cela s'explique probablement par les courants jurisprudentiels divergents et la difficulté qu'engendre la qualification de l'erreur commise par le juge du procès.

Ainsi, tant que la Cour suprême n'aura pas déterminé exactement comment les tribunaux de première instance doivent appliquer les critères de l'arrêt *Collins*, cette ambivalence continuera d'exister. Au surplus, malgré une démarche plus limpide, le critère de déférence tel que formulé engendre tout de même des difficultés d'application. Une formulation plus adéquate sera assurément de mise. En effet, une certaine stabilité du droit est requise afin de contrer l'intervention arbitraire des cours d'appel. Un travail de clarification s'impose donc, reste à voir si la Cour suprême jugera opportun de l'exécuter.



**RDUS**

# **Revue de DROIT**

**UNIVERSITÉ DE SHERBROOKE**

**Titre :** LE FORMULAIRE DE CONSENTEMENT À LA RECHERCHE :  
INCOMPATIBILITÉ ENTRE LE DROIT DES PERSONNES ET LE DROIT DES  
CONTRATS

**Auteur(s) :** Julien P. CABANAC  
Michel T. GIROUX

**Revue :** *RDUS*, 2006-2007, volume 37, numéro 2

**Pages :** **235-274**

**ISSN :** 0317-9656

**Éditeur :** Université de Sherbrooke. Faculté de droit.

**URI :** <http://hdl.handle.net/11143/11836>

**DOI :** <https://doi.org/10.17118/11143/11836>

*Page vide laissée intentionnellement.*



## LE FORMULAIRE DE CONSENTEMENT À LA RECHERCHE : INCOMPATIBILITÉ ENTRE LE DROIT DES PERSONNES ET LE DROIT DES CONTRATS\*

par Julien P. CABANAC\*\*  
Michel T. GIROUX\*\*\*

*Le formulaire de consentement est un document que les sujets de recherche signent afin d'attester qu'ils acceptent de se prêter à un projet de recherche. Ce document expose l'objet de la recherche, la participation du sujet pressenti et, surtout, les risques auxquels celui-ci s'expose. Or, le formulaire de consentement est souvent ardu à lire et il contient une quantité telle d'informations que l'on peut douter de l'authenticité du consentement exprimé. Comment expliquer que le formulaire de consentement devienne de plus en plus détaillé et compliqué? Nous avançons que ce document est rédigé dans un contexte légal qui favorise cette évolution. En droit civil québécois, la forme écrite du consentement à la recherche s'inscrit dans deux cadres faisant appel à des rationalités différentes: le droit des personnes et le droit des contrats. En droit contractuel, l'approche générale veut que l'écrit représente l'entente intervenue entre les contractants de la façon la plus complète et précise possible. Il n'existe pas de limite juridique à la longueur des contrats. En revanche, l'éthique de la recherche et le droit des personnes attribuent une importance décisive à l'authenticité du consentement du sujet. Le respect des droits des sujets requiert que les responsables de la recherche en santé, notamment les comités d'éthique de la recherche (CÉR), soient attentifs à ce que le caractère contractuel du formulaire n'engendre pas une réduction de la qualité ou de l'authenticité du consentement. Considérant que la réception d'une grande quantité d'informations risque de nuire à la qualité du consentement, les chercheurs et les CÉR devraient restreindre la longueur des formulaires de consentement à quelques pages, c'est-à-dire à l'essentiel des informations utiles.*

---

\*. Les opinions émises dans cet article ne lient que les auteurs.

\*\*. B.Sc., LL.M, LL.D., avocat chez PAUL-CLAUDE BÉRUBÉ, AVOCATS, à Saint-Jean-sur-Richelieu.

\*\*\*. Avocat, docteur en philosophie, directeur de l'Institut de consultation et de recherche en éthique et en droit (ICRED).

*Consent forms are documents which research subjects sign, attesting to the fact that they accept to participate in a research project. This document explains the purpose of the research, the willingness to participate of the prospective subject and underlines the potential risks to which the person is exposed. Consent forms are frequently difficult to comprehend and often contain a plethora of detail which may affect the validity of the consent given. Why are consent forms becoming so detailed and complicated? The writers posit that the present legal climate lends itself to this evolution. In the Civil Code of Quebec, the requirement of written consent pertains to two different contexts; human rights law and contract law. In contract law, it is generally understood that a written document represents the agreement between the contracting parties and should thus be as complete as possible. There are no legal restrictions on the actual length of the contract. Yet, research ethics and human rights considerations attach great importance to the genuineness of the subject's consent. Respecting the rights of research subjects requires that those in charge of health research, more particularly research ethics boards (REBs), be attentive to the fact that the contractual nature of consent forms must not compromise the authenticity of the consent given. Since information overload may affect the actual quality of consent, researchers and REBs should limit the length of consent forms to a few pages, that is to say, to containing that information which is deemed most useful.*

(2007) 37 R.D.U.S.	<i>Le formulaire de consentement à la recherche : incompatibilité entre le droit des personnes et le droit des contrats</i>	237
--------------------	---	-----

## SOMMAIRE

<b>Introduction</b>	239
<b>A. Le formulaire de consentement</b>	241
1. La présence d'un écrit au contenu toujours plus détaillé	241
2. Pourquoi l'écrit est-il source de confusion?	245
a) La protection du sujet de recherche	245
b) La preuve écrite du consentement	250
c) Le droit des personnes et le droit des contrats	254
<b>B. Le droit des personnes et le droit des contrats sont-ils des vases communicants</b>	256
1. L'indisponibilité de la personne et le commerce	258
2. Une liberté contractuelle limitée	263
3. Le formulaire conçu comme un contrat : conséquences pratiques	266
<b>Conclusion</b>	272



## **Introduction**

Depuis plus d'un demi-siècle, l'éthique de la recherche en santé a développé des règles dans le but de protéger les participants contre les risques de l'expérimentation. Des questionnements sur la légitimité de la participation des sujets de recherche se trouvent à l'origine de considérations éthiques importantes concernant l'exercice de l'autodétermination personnelle. Il est clair aujourd'hui que le respect essentiel des personnes<sup>1</sup> impose aux chercheurs d'obtenir le consentement des sujets pressentis avant de les recruter à titre de participants.

Au Canada, la règle générale prévoit que la participation des sujets de recherche requiert la signature préalable d'un formulaire de consentement<sup>2</sup>. Dans le cas de la recherche commanditée, le formulaire fait partie intégrante d'un projet rédigé par le commanditaire ou par le promoteur de la recherche. Le plus souvent, le commanditaire est une compagnie pharmaceutique qui cherche à développer un nouveau médicament. Après avoir monté son projet, celui-ci contacte des chercheurs potentiels (usuellement, des médecins) de plusieurs établissements afin qu'ils acceptent de mettre en œuvre son projet de recherche. Avant d'entreprendre la réalisation de leur projet, les chercheurs doivent recevoir l'approbation du comité d'éthique de la recherche (CÉR) de chaque institution qui accueillera le projet. Le projet de

- 
1. É.-U., National Commission for the Protection of Human Subjects of Biomedical and Behavioral Research, *Rapport Belmont: Principes éthiques et directives concernant la protection des sujets humains dans le cadre de la recherche*, 1978 (DHEW Publication No. (OS) 78-0013 and No. (OS) 78-0014, for sale by the Superintendent of Documents, U.S. Government Printing Office, Washington, D.C. 20402.); Hubert Doucet, *Au pays de la bioéthique. L'éthique biomédicale aux États-Unis*, Genève, Labor & Fides, 1996, aux pp. 44-47 [Doucet].
  2. Instituts de recherche en santé du Canada, Conseil de recherches en sciences naturelles et en génie du Canada, Conseil de recherche en sciences humaines du Canada, *Énoncé de politique des trois Conseils : Éthique de la recherche avec des êtres humains*, août 1998 (avec les modifications de 2000, 2002 et 2005) [Énoncé de politique des trois Conseils].

formulaire de consentement doit alors faire l'objet d'un examen minutieux (trop minutieux?)<sup>3</sup> par les CÉR compétents.

Or, depuis déjà quelques années, des chercheurs, des infirmières de recherche et des membres de CÉR expriment leur désarroi devant l'évolution des formulaires de consentement. On assiste à un accroissement de la quantité d'informations et à l'apparition de rubriques clairement porteuses de conséquences juridiques. On y retrouve en effet, de longues pages décrivant en détail toutes les interventions prévues auprès du sujet. On y lit aussi diverses clauses reliées aux aspects suivants : la nature et les objectifs du projet de recherche; son déroulement; la nature et la durée de la participation du sujet; le caractère volontaire de celle-ci; les critères d'exclusion; les bénéfices et les risques; les inconvénients de la participation; les traitements alternatifs; l'arrêt du projet par le chercheur ou le commanditaire; l'accès au dossier médical; la protection de la confidentialité des renseignements personnels; la conservation des données; l'autorisation de transmettre les résultats au médecin traitant; l'indemnité compensatoire pour les pertes et les contraintes subies; l'utilisation des résultats de recherche; leur possibilité de commercialisation; le financement du projet de recherche; les conflits d'intérêts du chercheur; les droits et les obligations ou responsabilités des sujets; l'indemnisation en cas de préjudice; l'identification des personnes ressources au sein du projet; la surveillance des aspects éthiques du projet; la formulation du consentement et la déclaration de la personne qui a recueilli le consentement écrit.

---

3. Certains auteurs reprochent même aux CÉR de consacrer trop de temps aux formulaires de consentement aux dépens d'une analyse plus large des projets : Michael McDonald, «*Governance Relationships - The Governance of Health Research Involving Human Subjects (HRIHS)*», Law Commission of Canada, Mai 2000, Section F : Conclusions and Recommendations, à la p. 5, en ligne : LCC <<http://www.ethics.ubc.ca/people/mcdonald/ccmacdonald.pdf>> [Macdonald]; Charles Weijer, «The ethical analysis of risk» (2000) 28 J. L. Med. & Ethics 344 [Weijer].

Les participants risquent fort d'être confondus par tant d'informations<sup>4</sup>, alors que les CÉR sont parfois surchargés par le travail qu'exige la révision de certains formulaires. On peut alors se questionner sur l'utilité de présenter aux sujets de recherche des formulaires aussi volumineux<sup>5</sup>. Contribuent-ils véritablement à une meilleure compréhension des enjeux du projet de recherche? Enfin, on peut aussi se demander si un document d'une telle ampleur éclaire réellement le consentement des sujets de recherche.

En droit, le formulaire de consentement constitue un élément du contrat intervenu entre le chercheur et le sujet et il porte quelques caractéristiques que l'on retrouve souvent dans les textes contractuels, tels que le détail de certains énoncés, la longueur imposante du document ou la signature des cocontractants. Il est inévitable que l'introduction d'un nombre considérable d'informations dans le formulaire de consentement donne à celui-ci un aspect que l'on trouve aussi dans les contrats de consommation ou certaines transactions commerciales. Or, la rationalité du droit contractuel n'est pas forcément compatible avec la protection des personnes. Une telle évolution des formulaires de consentement est-elle de nature à augmenter ou à diminuer la protection dont devraient bénéficier les sujets de recherche?

## **A. LE FORMULAIRE DE CONSENTEMENT**

### **1. La présence d'un écrit au contenu toujours plus détaillé**

De même que les membres des CÉR, nous constatons, de façon empirique, la tendance des commanditaires de la recherche à transformer les formulaires de consentement en de véritables

- 
4. Angela Estey, Georgeann Wilkin et John Dossetor, «Are Research Subjects Able to Retain the Information They Are Given During the Consent Process» (1994) 3:2 Health Law Review 37 [Estey, Wilkin et Dossetor].
  5. Cet aspect est ressorti notamment de plusieurs interventions lors d'un colloque organisé par le Réseau en santé respiratoire du FRSQ : «Éthique et intégrité scientifique en recherche médicale – Protection de la propriété intellectuelle», Montréal, 20 et 21 novembre 2003.

contrats d'engagement réciproque. Par exemple, on retrouve dans ces formulaires des clauses d'exonération de responsabilité<sup>6</sup>, des affidavits précédant la signature, de multiples pages détaillant les moindres risques (ex. : douleur due à une piqûre), des obligations imposées aux sujets de recherche (divulcation, exécution, reconnaissance de la compréhension adéquate du formulaire, bonne foi), etc. Nous sommes mis en présence de documents de plus en plus exhaustifs. On semble parfois oublier que le contenu de ces formulaires devrait d'abord viser le respect de l'autodétermination et de l'inviolabilité de la personne<sup>7</sup> et être considéré comme la manifestation écrite des informations données à une personne afin d'éclairer sa décision de participer à une recherche et de se soumettre aux inconvénients et aux risques que comporte celle-ci. La signature du sujet est exigée pour formaliser sa décision et éviter un choix frivole. Bref, comme il a déjà été dit<sup>8</sup>, le consentement est requis d'abord pour protéger le sujet de recherche et non le chercheur ou son commanditaire.

Comment, alors, expliquer la tendance à transformer le formulaire de consentement en contrat d'engagement volumineux comportant toutes sortes de stipulations secondaires, eu égard à la protection du sujet?

- 
6. De telles clauses sont souvent contraires à la règle prévue à l'article 1474 C.c.Q., *Code civil du Québec*, L.Q. 1991, c. 64, art. 1474 voir *infra* note 103.
  7. Patrice Deslauriers, «La responsabilité médicale et hospitalière» dans École du Barreau du Québec, *Responsabilité*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2004 ; «l'examen par un C.E.R. des projets de recherche visant des majeurs aptes contribue à la protection de la dignité, du bien-être et des droits de tous les sujets»; Fonds de la recherche en santé du Québec, *Guide d'éthique de la recherche et d'intégrité scientifique; Standards en éthique de la recherche et en intégrité scientifique du F.R.S.Q.*, 2<sup>e</sup> éd., Montréal, 2003, à la p. 20; Michel T. Giroux, «Le dilemme entre la protection des personnes inaptes et la recherche sur leur maladie» dans Service de la formation permanente du Barreau du Québec, *Responsabilités et mécanisme de protection (2004)*, Cowansville, Yvon Blais, 2004.
  8. François Tôth, «L'obligation de renseignement du médecin en droit civil québécois» dans *Responsabilité médicale et hospitalière*, Aspects éthiques et juridiques, Toronto, The Canadian Institute, 29 octobre 1990 [Tôth].



Plusieurs explications peuvent être avancées. Tout d'abord, les règles éthiques et juridiques exigent la divulgation d'une quantité importante d'informations. D'une part, les tribunaux<sup>9</sup> ont, avec le temps, rehaussé progressivement les exigences du devoir d'information des médecins et d'autre part, en 1996-1997, des règles éthiques<sup>10</sup> et juridiques<sup>11</sup> sont venues imposer la divulgation de toutes sortes d'informations dans le cadre de la recherche avec des sujets humains. La somme de renseignements à divulguer imposée par les organismes subventionnaires et les organismes de régulation vient naturellement grossir et complexifier les formulaires de consentement. Toutefois, cela n'explique pas tout. En effet, les compagnies commanditaires ont poussé cette logique à l'extrême en rédigeant des formulaires à rallonge (15 à 20 pages et même davantage) lesquels sont parfois réduits (10 ou 11 pages) après maintes négociations avec le CÉR.

- 
9. Voir notamment : *Haluska v. University of Saskatchewan*, (1965) 53 D.L.R. (2d) 436 (Sask. C.A.); *Hopp c. Lepp*, [1980] 2 R.C.S. 192; *Reibl c. Hughes*, [1980] 2 R.C.S. 880, *Weiss c. Solomon*, [1989] R.J.Q. 731 (C.S. Qué.) [*Weiss c. Solomon*]; *Pelletier c. Roberge*, [1991] R.R.A. 726 (C.A. Qué.); *Parenteau c. Drolet*, [1994] R.J.Q. 689 (C.A.); voir aussi : Gerald Robertson, «Informed Consent Ten Years Later : The Impact of *Reibl v. Hughes*» (1991) 70 : 3 R. du B. Can. 423; Robert P. Kouri, «L'obligation de renseignement en matière de responsabilité médicale et la "subjectivité rationnelle" : mariage de convenance ou mésalliance?» (1994) 24 R.D.U.S. 345; Pour un historique de la jurisprudence québécoise, voir Robert P. Kouri et Suzanne Philips-Nootens, *L'intégrité de la personne et le consentement aux soins*, 2<sup>e</sup> éd., Cowansville, Yvon Blais, 2005 aux pp. 313-316 [Kouri et Nootens].
  10. *Énoncé de politique des trois Conseils*, *supra* note 2. Ces règles, du reste, ont presque un statut de règles juridiques : Angela Campbell et Kathleen Cranley Glass, «The Legal Status of Clinical and Ethics Policies, Codes, and Guidelines in Medical Practice and Research» (2001) 46 R.D. McGill 473.
  11. Santé Canada, *Les Bonnes pratiques cliniques : Directives consolidées – Directive tripartite harmonisée de la Conférence internationale sur l'harmonisation des exigences techniques relatives à l'homologation des produits pharmaceutiques à usage humain*, Ottawa, Ministre, Travaux publics et services gouvernementaux Canada, 1997, [*Les Bonnes pratiques cliniques*]; *Règlement modifiant le règlement sur les aliments et drogues* D.O.R.S./2001-203, art. C.05.005 (xi) (A) et C.05.010. Le caractère juridique des Bonnes Pratiques Cliniques naît selon nous de l'article C.05.010, de leur mention dans le résumé qui suit le règlement et de leur adoption par la Direction des produits thérapeutiques de Santé Canada.

L'évolution des formulaires pourrait s'expliquer d'une deuxième façon. Puisque beaucoup de projets sont mis sur pied par des promoteurs situés aux États-Unis, on doit envisager l'hypothèse que cette tendance à transformer le formulaire de consentement en un contrat sophistiqué provienne du contexte juridique propre à notre voisin du Sud. En effet, confrontées à un excès de recours judiciaires dans le secteur de la santé, les compagnies pharmaceutiques américaines ont pris l'habitude d'inclure un nombre important de clauses visant, d'une manière défensive, à les protéger contre des poursuites ou des condamnations<sup>12</sup>. La traduction en français de ces formulaires n'a habituellement pas pour résultat de les simplifier, ni de les raccourcir.

Une troisième explication quant à la transformation des formulaires tient, selon nous, à la forme du consentement. Le fait même qu'un écrit soit légalement et éthiquement exigé<sup>13</sup> afin de concrétiser le consentement nous paraît en grande partie responsable d'une certaine confusion et, du même coup, de l'exagération scripturaire. En effet, dans les textes normatifs applicables au Québec, l'écrit est généralement<sup>14</sup> exigé lorsqu'une personne consent à se soumettre à une recherche ou à une expérimentation. Pourquoi cet écrit génère-t-il une certaine

- 
12. J.-F. Burgelin, «La judiciarisation de la médecine» (2003) 3 *Le Courier de l'éthique médicale* 28 à la p. 33; «A signed consent form gives some legal protection to the hospital and its physicians, nurses and other health care providers should they later be sued by the patient for assault and battery or negligence where the patient alleges lack of informed consent»; William R. Hearn, «Consent to Medical Treatment : The Use of Consent Forms» (1992) 12 :3 *Health Law in Canada* 67 à la p. 67; D.R. Beyer, M.S. Lauer et S. Davis, «Readability of Informed Consent Forms [Letter]» (2003) 348 *New Eng. J. Med.* 2262.
  13. Art. 24 C.c.Q.; *Les Bonnes pratiques cliniques*, supra note 11 art. 1.28; *Énoncé de politique des trois Conseils*, supra note 2 art. 2.1 b); Association médicale mondiale, *Déclaration d'Helsinki*, Washington, Assemblée générale de l'AMM, 2002, art. 22 [*Déclaration d'Helsinki*].
  14. La *Déclaration d'Helsinki*, contrairement au *Code civil du Québec*, mais à l'instar de l'*Énoncé de politique des trois Conseils* n'en fait pas une exigence systématique : «Après s'être assuré de la bonne compréhension par le sujet de l'information donnée, le médecin doit obtenir un consentement libre et éclairé, de préférence par écrit», *Déclaration d'Helsinki*, *ibid.*

confusion? Parce que, comme nous tâcherons de le montrer plus bas, il est fondé sur deux rationalités juridiques distinctes qui ne sont pas toujours réconciliables.

## **2. Pourquoi l'écrit est-il source de confusion?**

Notons, en préliminaire, qu'il est difficile de dire si la nature juridique de l'écrit pousse les rédacteurs à entrer dans une logique contractuelle extensive ou si, à l'inverse, la somme accrue d'informations contenue dans l'écrit engendre une confusion quant à sa nature<sup>15</sup>. Nous ne pouvons que supposer un lien entre les deux phénomènes, car si l'écrit n'existait pas, d'une part, l'acte d'informer (comme dans le cas des traitements médicaux) pourrait plus difficilement être confondu avec l'entente contractuelle entre le chercheur et le sujet de recherche et, d'autre part, la quantité d'informations donnée au sujet, serait forcément plus limitée à sa capacité d'écoute et aux limites de sa compréhension immédiate<sup>16</sup>. Bref, qu'elle soit la cause ou l'effet de la dispense d'une quantité accrue d'informations, l'incertitude quant à la fonction de l'écrit n'en demeure pas moins présente et traduit, selon nous, la poursuite de deux objectifs distincts.

### **a) La protection du sujet de recherche**

Dans la logique de la bioéthique, la vocation première du consentement écrit à la recherche est, non pas la création d'obligations réciproques, mais la protection du sujet. La protection du sujet se trouve au cœur même des aspects

---

15. Il pourrait arriver que l'on considère l'écrit comme la totalité du processus de consentement, on risquerait alors d'en exagérer la portée et d'y consacrer toute l'attention, voir à ce sujet les remarques de McDonald et Weijer, *supra* note 3.

16. Estey, Wilkin et Dossetor, *supra* note 4; Wayne McKerrow, «Improving Patient Care and Reducing Risk Through Effective Communication» (1997) 18:1 Health Law in Canada 30; Laura B. Dunn et Dilip V. Jeste, «Enhancing Informed Consent for Research and Treatment» (2001) 24 Neuropsychopharmacology 595; Hubert O. Ballard et al., «Neonatal Research and the Validity of Informed Consent Obtained in the Perinatal Period», (2004) 24 Journal of Perinatology 409.

contractuels de la relation entre le chercheur et le sujet de recherche. C'est donc une notion centrale sur laquelle on ne saurait trop insister.

Le *Code de Nuremberg* (1947)<sup>17</sup> ne prévoyait pas que le consentement soit exprimé par écrit. En 1979, le *Rapport Belmont*<sup>18</sup>, qui a établi les bases de la bioéthique nord-américaine<sup>19</sup>, n'en faisait pas non plus mention malgré le fait qu'il apparaisse déjà dans la première version de la *Déclaration d'Helsinki* (1964)<sup>20</sup>, et dans les versions qui ont suivi<sup>21</sup>. Au Canada, depuis 1987, la recherche subventionnée était encadrée<sup>22</sup> par les *Lignes directrices concernant la recherche sur des sujets humains* du Conseil de recherches médicales du Canada. Or, il y est clairement précisé que le formulaire de consentement ne devrait pas être conçu comme un contrat : «[l]e consentement donné par le sujet d'une expérience découle d'un rapport de

- 
17. *The Nuremberg Code, from trials of War Criminals before the Nuremberg Military Tribunals under Control Council Law No. 10. Nuremberg, October 1946 – April 1949.* Washington D.C., U.S. G.P.O., 1949-1953.
  18. Warren T. Reich, dir., *Encyclopedia of Bioethics*, Vol. 5, New-York, Simon & Schuster Macmillan, 1995. Voir aussi la traduction dans: *Médecine et expérimentation*, Cahiers de Bioéthique 4, Québec, P.U.L., 1982.
  19. Doucet, *supra* note 1 à la p. 28.
  20. «3c. Le consentement doit, dans la règle générale, être donné par écrit. La responsabilité d'une expérience sur un être humain incombe toujours à l'homme de science, elle n'incombe jamais au sujet qui se soumet de plein gré à l'expérience», 18<sup>e</sup> Assemblée générale de l'Association Médicale Mondiale, Helsinki, juin 1964; on peut retrouver ce texte dans : Henri Anrys, *Les professions médicales et paramédicales dans le Marché Commun*, Bruxelles, Maison Ferdinand Larcier, 1971, Annexe III.
  21. Ex. : «9. Le médecin devra obtenir le consentement libre et éclairé du sujet, de préférence par écrit», 29<sup>e</sup> Assemblée générale de l'Association Médicale Mondiale, Tokyo, Octobre 1975. On peut trouver ce texte dans Gilbert Hottot et Marie-Hélène Parizeau, dir., *Les mots de la bioéthique – un vocabulaire encyclopédique*, Bruxelles, De Boeck-Wesmael, 1993 à la p. 113.
  22. «[...] toute recherche financée par le Conseil doit se conformer à ces lignes directrices», Conseil de recherches médicales du Canada, *Lignes directrices concernant la recherche sur des sujets humains*, Ottawa, Ministre des Approvisionnements et Services Canada, novembre 1987 à la p. iii.

collaboration entre le chercheur et le sujet; il ne s'agit aucunement d'une obligation de type contractuel»<sup>23</sup>.

Selon cette approche, l'apposition d'une signature sur un formulaire de consentement ne devrait pas être perçue comme un engagement contractuel, car elle constitue simplement la manifestation de la volonté de collaboration qu'exprime un sujet de recherche. Pour ce dernier, ce geste de la signature constitue une étape supplémentaire dans l'expression de son choix comme pour «tempérer un excès d'enthousiasme passager» et l'obliger «à réfléchir avant de participer à un acte médical potentiellement risqué et ne comportant aucun avantage concret pour lui»<sup>24</sup>.

Malgré une obligation juridique de divulguer beaucoup d'informations<sup>25</sup>, l'écrit est donc avant tout exigé pour assurer davantage de sérieux dans l'obtention du consentement et la divulgation des risques et, de ce fait, pour protéger le signataire<sup>26</sup>. Le consentement écrit s'intègre dans ce que François Tôth préfère nommer «l'obligation de renseigner»<sup>27</sup>, plutôt que «l'obtention du consentement».

---

23. *Ibid.*, à la p. 25.

24. Nous reprenons à notre compte ces passages formulés par Robert P. Kouri et Suzanne Philips-Nootens, «L'utilisation des parties du corps humain pour fins de recherche : l'article 22 du *Code civil du Québec*» (1994-95) 25 R.D.U.S. 359-396 à la p. 372 et ce, bien que ces auteurs ne nient pas, cependant, le fait que le formulaire de consentement tel qu'il est rédigé actuellement représente un véritable contrat.

25. *Supra* note 9.

26. «Le degré d'information à divulguer est donc déterminé en partie par le droit du patient d'être en mesure d'apprécier exactement ce à quoi il s'expose. Cet aspect est crucial dans la détermination de l'étendue de l'obligation d'informer et son standard d'appréciation» : Tôth, *supra* note 8 à la p. 9.

27. «Cette notion de consentement éclairé, traduction de l'expression américaine "informed consent", porte malheureusement à confusion. En effet, on peut comprendre que le patient n'est éclairé que s'il consent et que l'information doit viser le consentement du patient. Or cela est inexact. Le consentement du patient au traitement ou à l'opération n'est qu'une alternative possible de l'expression de la volonté éclairée du patient. Le patient peut refuser le traitement et ce refus libre et éclairé, est valide en

D'ailleurs, en droit civil, la nécessité du consentement écrit s'est toujours inscrite dans le cadre de l'inviolabilité de la personne<sup>28</sup>. C'est ainsi que le prévoyait l'*Office de révision du code civil* dans un rapport dont s'est inspiré le législateur québécois<sup>29</sup> en décembre 1971 lors de la première édition des dispositions relatives au corps humain (20 C.c.B.-C.)<sup>30</sup> : «[e]n définitive, ce projet, comportant cinq articles, a pour objet de préciser la portée

---

droit. Aussi, est-il plus exact de parler d'obligation de renseigner», *ibid.*, à la p. 8; Déjà en 1978, Bartha Maria Knoppers, dans Bartha Maria Knoppers, «Les notions d'autorisation et de consentement dans le contrat médical» (1978) 19 C. de D. 893 à la p. 899 réclamait une distinction entre le consentement et l'autorisation : «le consentement général crée la relation médecin-patient et assure un certain contrôle médical alors que l'autorisation porte plus spécifiquement sur une éventuelle intervention chirurgicale ou sur l'administration d'une anesthésie» [Knoppers].

28. Kouri et Nootens, *supra* note 9 à la p. 69; François Héleine, «Le dogme de l'intangibilité du corps humain et ses atteintes normalisées dans le droit des obligations du Québec contemporain» (1976) 36 R. du B. 2.
29. Voir à ce sujet les débats de l'Assemblée nationale concernant le Projet de loi no 89, Québec, Assemblée nationale, *journal des Débats*, 96, 30 novembre 1971, aux pp. 4545-4558.
30. L'article proposé par l'Office de révision du Code civil (*Rapport sur la reconnaissance de certains droits concernant le corps humain*, Vol. 14, Montréal, 1971) se lisait comme suit : «Article 1 : Le majeur peut, à titre gratuit et pour des fins thérapeutiques ou scientifiques, aliéner entre vifs une partie de son corps ou se soumettre à une expérience, pourvu que le risque couru ne soit pas hors de proportion avec le bienfait qu'on peut en espérer. Son consentement doit être donné par écrit et peut être révoqué». Avant 1971, rien n'était prévu dans le Code civil concernant l'expérimentation et la libre disposition de son corps. Depuis 1866, l'article 20 était rédigé, à un amendement près, de la façon suivante : «[e]st sujet britannique par droit de naissance, tout individu qui naît dans une partie quelconque de l'empire britannique, même d'un père étranger, et aussi celui dont le père est sujet britannique, quoique né lui-même en pays étranger; sauf dispositions exceptionnelles résultant des lois particulières de l'empire» [*Rapport sur la reconnaissance de certains droits*]. Voir Paul-André Crépeau et John E.C. Brierley, *Code civil 1866-1980*, Montréal, SOQUIJ, 1981 à la p. 18; Voir aussi : W.F. Bowker, «Experimentation on Humans and Gift Tissue : arts. 20-23 of the Civil Code» (1973) 19 McGill L.J. 161; Albert Mayrand, *L'inviolabilité de la personne humaine*, Montréal, Wilson & Lafleur, 1975 à la p. 1 [Mayrand]; Kouri et Nootens, *supra* note 9 aux pp. 437 et 438.

du principe d'inviolabilité du corps humain dans le cadre du *Code civil du Québec*<sup>31</sup>.

Plus de vingt ans plus tard, en 1993, ce même cadre interprétatif était confirmé dans les commentaires du ministre de la Justice suite à l'adoption de l'article 24 C.c.Q. en remplacement de l'article 20 C.c.B.-C : «[l]e nouvel article conserve l'exigence de l'écrit lorsqu'il s'agit de donner le consentement, mais il permet en tous les cas la révocation verbale, afin de mieux respecter la volonté de la personne ainsi que son droit à l'inviolabilité et à l'intégrité»<sup>32</sup>.

L'inviolabilité protège l'être humain, certes, mais pas de façon absolue<sup>33</sup> et l'on peut porter atteinte à la personne d'autrui, lorsque cette personne y consent ou que la loi le permet<sup>34</sup>. Le

- 
31. *Office de révision du Code civil, ibid.*; Mayrand, *ibid.*, aux pp. 11-16; «Consent is not only intended to protect the patient, his health and bodily integrity, but even more to protect the integrity of his humanity» : Samuel I. Shuman, «Informed Consent And Biomedical Research: A Historical Note» (1998) 18: 3&4 L. Med. Q. 13.
32. Québec, Ministère de la Justice, *Commentaires du ministre de la Justice*, t. 1, Québec, Publications du Québec, 1993 à la p. 24. «[...] en ce cas, il va de soi que la motivation qui sous-tend cette exigence dépasse les intérêts particuliers des parties en cause; en effet, par l'imposition de l'écrit, le législateur ne vise pas seulement à s'assurer de la volonté d'un donneur particulier, mais tend aussi au respect du principe général de l'inviolabilité de la personne humaine», Didier Lluellas et Benoît Moore, *Droit des obligations*, Montréal, Thémis, 2006, à la note 109 aux pp. 574-575.
33. «Le principe de l'inviolabilité de la personne humaine, s'il était absolu, serait un peu gênant. L'homme ne tient pas à être intouchable en tout lieu, en tout temps et en toute circonstance. L'exclamation du Christ devant Marie-Magdelaine, *Noli me tangere* (Jean, 20, v. 17), convient à un Dieu qui s'est fait homme, non pas à un homme qui ne prétend pas être Dieu», Mayrand, *supra* note 30 à la p. 12.
34. Mayrand, *ibid.*; voir notamment certaines lois à caractère public visant la protection de l'ensemble au détriment de certains droits individuels : *Loi sur la santé publique*, L.R.Q. c. S-2.2; *Loi sur la protection des personnes dont l'état mental présente un danger pour elles-mêmes ou pour autrui*, L.R.Q. c. P-38.001; *Code criminel*, L.R.C. 1985, c. C-46, ex. : article 45 (opérations chirurgicales), article 265 (voies de fait), article 257 al. 2 (immunité d'un médecin pour un prélèvement de sang) et 487.04 et ss. (analyse génétique effectuée à des fins médico-légales).

formulaire de consentement ne fait donc que contribuer à l'encadrement permettant à l'individu d'autoriser une atteinte à sa personne.

Pourtant, malgré cet objectif réaffirmé de protection du sujet de recherche, un flou persiste quant à la fonction de cet écrit; un flou qui contribue peut-être à une incompréhension partagée entre les commanditaires de la recherche et les CÉR à l'égard du contenu des formulaires de consentement<sup>35</sup>. Nous expliquons cette confusion par l'existence d'une autre fonction attribuée à la forme écrite, celle de répondre de façon maximale aux exigences de la preuve en droit civil.

## **b) La preuve écrite du consentement**

En droit, l'écrit constitue le meilleur moyen de preuve pour démontrer l'existence d'un acte juridique<sup>36</sup>. Chez les juristes praticiens, l'écrit est rédigé dans le but d'éviter un conflit et éventuellement, de servir de preuve lors d'un recours judiciaire. Il y aurait donc un intérêt à profiter du formulaire en y intégrant toutes les informations possibles afin d'offrir aux contractants une protection contractuelle qui soit la plus entière possible. Cette inclination à emplir le formulaire de consentement de toutes sortes de clauses semble, comme nous le verrons, avoir été entretenue depuis longtemps par l'objectif d'aménager une preuve.

Ainsi, l'*Énoncé de politique des trois Conseils* précise que «[d]ans notre société, une déclaration signée constitue généralement une preuve normale de consentement»<sup>37</sup>. L'écrit est perçu comme une preuve de consentement<sup>38</sup>. Avant l'*Énoncé de*

---

35. Les chercheurs, eux, se trouvent souvent coincés entre l'arbre et l'écorce.

36. L'article 2861 C.c.Q. donne la préférence à l'écrit pour faire la preuve d'un acte juridique : «Lorsqu'il n'a pas été possible à une partie, pour une raison valable, de se ménager la preuve écrite d'un acte juridique, la preuve de cet acte peut être faite par tous moyens»; voir aussi Pierre Tessier, «Les qualités et les moyens de preuve» dans *École du Barreau du Québec, Preuve et procédure*, Cowansville, Yvon Blais, 1995 à la p. 141.

37. *Énoncé de politique des trois Conseils*, *supra* note 2 à la p. 2.2.

38. *Champoux Dumont c. Frenette*, 2004 IIJCan 31742 (C.Q.).



*politique des trois Conseils*, les lignes directrices du *Conseil de recherches médicales* favorisaient aussi un consentement écrit permettant ainsi «la preuve du consentement»<sup>39</sup>. Elles rappelaient aussi qu'il s'agissait d'une «obligation légale de la province de Québec (voir l'article 20 du Code civil)»<sup>40</sup>. Qui plus est, lors de la rédaction de l'article 20 C.c.B.-C., l'Office de révision du Code civil situait le consentement écrit dans un cadre contractuel et expliquait son choix de la forme écrite par la facilité que celle-ci apporte en matière de preuve:

[...] cet article doit s'appliquer dans le cadre de la théorie générale des contrats et, par conséquent, la finalité de l'aliénation ou de l'expérience ne doit pas être contraire à l'ordre public. [...] Le souci de protéger plus efficacement encore le consentement du majeur et, le cas échéant, d'en faciliter la preuve, justifie le deuxième alinéa. Enfin, suivant la théorie générale des contrats, le majeur doit être sain d'esprit, libre et capable de comprendre les conséquences de son geste; de plus, le médecin ou l'expérimentateur a le devoir d'informer adéquatement le majeur des conséquences et des dangers que peut entraîner le don ou l'expérience<sup>41</sup>.

---

39. *Lignes directrices concernant la recherche sur des sujets humains*, supra note 22 à la p. 24; Pauline Lesage-Jarjoura et Suzanne Philips-Nootens, *Éléments de responsabilité civile médicale*, 2<sup>e</sup> éd., Cowansville, Yvon Blais, 2001 à la p. 167 [Lesage-Jarjoura et Philips-Nootens]; Lorne Elkin Rozovsky, *The canadian law of consent to treatment*, 3<sup>e</sup> éd., Toronto, Butterworth, 2003.

40. *Ibid.*

41. *Rapport sur la reconnaissance de certains droits*, supra note 30 aux p. 11 et 12 ; Il est étonnant que l'Office emprunte la notion d'ordre public au droit contractuel alors que le droit des personnes en est lui-même imprégné : Jean Pineau et Serge Gaudet, *Théorie des obligations*, 4<sup>e</sup> éd., Montréal, Les Éditions Thémis, 2001 à la p. 313 [Pineau et Gaudet]. Cela montre à quel point, en 1971, cette législation québécoise touchant les droits de la personne était innovatrice. Actuellement, compte tenu des acquis et de notre expérience des droits de la personne, il ne nous viendrait sans doute pas à l'idée de passer par le droit contractuel pour appliquer l'ordre public à l'expérimentation.

Dès son adoption, le nouvel article 20 C.c.B.-C. situait le consentement écrit dans un cadre contractuel. Toutefois, un cadre contractuel ne fait pas pour autant automatiquement du formulaire de consentement un contrat à part entière. Cette distinction peut se traduire de deux façons : d'une part, il pourrait y avoir un contrat signé sans qu'existe un consentement aux interventions, car il n'y aurait pas eu une information adéquate (ex. : sur les risques) et, d'autre part, un consentement écrit peut exister sans intégrer toutes les composantes du contrat. Dans ce deuxième cas de figure, l'écrit ne représenterait que la partie «consentement à l'expérimentation» (22 C.c.Q.) du contrat, le reste de l'entente étant verbal (1385 C.c.Q.).

Dans son traité sur la responsabilité, Jean-Louis Baudouin exprime fort bien la distinction entre la part *contractuelle* et la part *inviolabilité de la personne* que comporte l'obligation d'informer dans la relation médecin/patient :

[l]e fondement juridique de l'obligation d'informer peut, à un premier niveau, être recherché à partir du postulat conférant une base contractuelle à la relation professionnelle: l'existence et la validité même du contrat médical exigeraient un consentement présent, libre et éclairé. Il peut aussi (et surtout à notre avis) être désormais relié directement au principe plus général et plus fondamental de l'inviolabilité de la personne humaine, principe reconnu et consacré tant par la *Charte des droits et libertés de la personne* que par le Code civil. La personne humaine étant inviolable, on ne saurait y porter atteinte sans, au préalable, avoir obtenu d'elle un consentement libre et éclairé à l'acte. Les articles 10 et 11 du Code civil codifient clairement cette règle en étendant désormais le devoir d'information à toute espèce d'intervention (traitement, tests, diagnostic, examens, expérimentation, etc.)<sup>42</sup>.

---

42. Jean-Louis Baudouin et Patrice Deslauriers, *La responsabilité civile*, Cowansville, Yvon Blais, 2003 au n° 1466 aux pp. 1011-1012.

Jean-Louis Baudouin reconnaît donc bien deux approches face au consentement : l'approche contractuelle, en vertu de laquelle un contrat médical est formé lorsqu'il y a eu un consentement et l'approche du droit à l'inviolabilité personnelle. Celui qui interprète la nécessité du consentement dans le seul contexte contractuel dénature ce dont il s'agit, car il ne tient pas compte du droit à l'inviolabilité personnelle. Pourtant, dans leur traité, désormais classique, sur les obligations, Jean-Louis Baudouin et Pierre-Gabriel Jobin présentent l'obligation de renseigner du médecin comme un élément essentiel à la formation du contrat :

i. Obligation d'information à la formation du contrat

**- Obligation générale d'information**

319 - L'obligation d'une partie de fournir à l'autre les informations nécessaires à un consentement pleinement éclairé est reconnue depuis assez longtemps dans certains domaines. C'est le cas notamment du contrat de soins médicaux. Eu égard aux conséquences possibles sur l'intégrité corporelle, valeur reconnue et protégée par la Charte et le Code civil, la jurisprudence a développé certaines règles concernant la divulgation, par les médecins à leurs patients, des risques probables et parfois même possibles des soins ou interventions recommandées<sup>43</sup>.

Le fait que ces auteurs placent le consentement aux soins sous la rubrique de la formation du contrat pourrait engendrer une certaine confusion sur l'objet du consentement. Nous dirions qu'il faut en faire une lecture qui dépasse le seul aspect de l'obligation d'information à la formation du contrat et qui embrasse l'inviolabilité personnelle à titre de valeur sanctionnée par les droits de la personne.

---

43. Jean-Louis Baudouin et Pierre-Gabriel Jobin avec la collaboration de Nathalie Vézina, *Les Obligations*, 6<sup>e</sup> éd., Cowansville, Yvon Blais, 2005 à la p. 353 [Baudouin, Jobin et Vézina].

### **c) Le droit des personnes et le droit des contrats**

On comprend d'autant plus ce type de confusion ponctuelle lorsqu'on observe les similarités entre les dispositions légales relatives aux soins et aux contrats, lesquelles se côtoient fréquemment dans le droit des obligations<sup>44</sup>. Par exemple, la nature libre et éclairée du consentement concerne aussi bien le caractère licite de la fourniture de soins (art. 10 et 11 C.c.Q.) que les conditions de formation du contrat (art. 1399 C.c.Q.). De même, dans les deux cas, la capacité des personnes ou leur aptitude à consentir est un aspect important dont dépend la validité du consentement (art. 21 et 1398 C.c.Q.). Les deux domaines du droit ont aussi aménagé des modalités particulières dans le cas des mineurs et des personnes inaptes à consentir<sup>45</sup>. On constate donc la présence de dispositions similaires dans deux domaines du droit (le droit des personnes<sup>46</sup> et le droit des contrats) pourtant différents.

Le contexte contractuel justifierait donc la tendance à produire un contrat en guise de formulaire de consentement, c'est-à-dire un document qui vise l'exhaustivité des modalités de l'entente et dans lequel tout le déroulement du projet est décrit dans le menu détail (ex. : le médecin de l'étude vous demandera de vous allonger avant la prise de sang); un document dans lequel on retrouve des limitations à l'indemnisation (ex. : le commanditaire ne paiera pas pour les pertes de salaire en cas d'accident lié à l'étude ou au médicament<sup>47</sup>); un document dans lequel la gestion

---

44. *Ibid.* à la p. 1.

45. Voir par exemple, les articles 11-21, 157, 161, 283, 287, 290, 1385, 1398, 1405, 1409 C.c.Q. etc.,.

46. Bien que le concept de droit des personnes semble être maintenant accepté et entériné par la législation, la chose a suscité une certaine controverse; Roger Nerson, *Les droits extrapatrimoniaux*, Paris, L.G.D.J., 1939 aux pp. 347 et ss. [Nerson, «Droits extrapatrimoniaux»]; Pierre Kayser, «Les droits de la personnalité aspects théorique» (1971) 69 Rev. Dr. Civ. 445; Kouri et Nootens, *supra* note 9 à la p. 73.

47. Notez qu'en ce qui concerne ce type de clause, le juriste est mal outillé pour faire valoir l'interdit prévu à l'article 1474 C.c.Q. car il ne s'agit pas, à proprement parler, d'une exclusion de responsabilité. Certains CÉR cherchent néanmoins à limiter ce type de clause dont l'effet sur les sujets-

de l'information personnelle ne tient pas dans une page, car on reproduit les droits et obligations prévus dans la *Loi sur la Protection des renseignements personnels et les documents électroniques*<sup>48</sup>; un document dans lequel on prévient du risque de la douleur et du bleu causés par la piqûre d'une seringue; un document que signeront les sujets, leur témoin, l'infirmière de recherche (qui informe et fait signer) et le chercheur.

On reconnaît dans ces manifestations la logique contractuelle qui anime les rédacteurs. En se fondant sur le contexte contractuel et en l'absence de dispositions contraires dans la loi, il est possible qu'un tribunal entérine la légitimité de toutes sortes de stipulations. Par exemple, la décision de la Cour suprême dans l'affaire *Frenette c. La Métropolitaine*<sup>49</sup>, ne confirmait-elle pas la toute puissance de la signature pour donner un accès potentiellement illimité aux dossiers médicaux du signataire d'un contrat d'assurance vie<sup>50</sup>? Pourtant, même si elle considère le formulaire comme un contrat, la loi permet au sujet de se retirer de façon unilatérale en tout temps et sans aucune formalité. Ce droit légal est certainement exceptionnel en matière contractuelle où, d'une manière générale<sup>51</sup>, la parole donnée prend force de loi entre les parties. Il vient rappeler que l'objet du contrat de recherche n'est pas anodin. Même dans le cadre «formaliste»<sup>52</sup> du droit contractuel, le Code civil nous rappelle que

---

patients non juristes leur semble être le même qu'une véritable exclusion de responsabilité.

48. *Loi sur la Protection des renseignements personnels et les documents électroniques*, L.C. 2000, c. 5.

49. *Frenette c. La Métropolitaine*, [1992] 1 R.C.S. 647.

50. Ainsi s'exprimait Mme la Juge L'Heureux-Dubé : «[...] le droit à la non-divulgaration des dossiers médicaux appartient au patient et [...] celui-ci peut y renoncer inconditionnellement ou conformément aux conditions qu'il prescrit dans l'autorisation de divulguer», *ibid.* à la p. 672.

51. Les exceptions sont rares. Pensons à l'article 59 de la *Loi de protection du consommateur*, L.R.Q., c. P-40.1 qui permet la résiliation unilatérale par le consommateur dans les dix jours d'une vente effectuée par un vendeur itinérant.

52. Dans lequel l'accomplissement des formalités est étroitement lié aux droits et obligations : un écrit, des témoins, un objet, une cause, une offre et une acceptation, un avis écrit, etc.

l'expérimentation réalisée sur des personnes doit respecter scrupuleusement les droits fondamentaux, dont le droit à l'intégrité personnelle qui permet au sujet d'exprimer la volonté de se retirer d'une recherche à laquelle il a d'abord consenti. Nous sommes donc en présence d'un écrit qui, pour son interprétation juridique, fait appel tant au droit des personnes<sup>53</sup> qu'au droit des contrats. Or, ces deux champs d'interprétation ne sont pas forcément compatibles et ce, même si l'un fait parfois appel aux règles de l'autre<sup>54</sup>. Le fait que des personnes passent des contrats ne signifie pas forcément que le droit des contrats couvre tous les aspects des relations interpersonnelles. Le consentement écrit à l'expérimentation pourrait en être un bon exemple comme nous le verrons dans ce qui suit.

## **B. LE DROIT DES PERSONNES ET LE DROIT DES CONTRATS SONT-ILS DES VASES COMMUNICANTS?**

En utilisant la métaphore des vases communicants, nous voulons exprimer ici la possibilité d'importer des notions de droit contractuel dans le droit des personnes tels deux vases que l'on pourrait transvider l'un dans l'autre sans dénaturer leur contenu.

La relation entre le chercheur et le sujet de recherche est une relation de nature contractuelle. À ce sujet, l'article 1385 C.c.Q se lit comme suit :

[l]e contrat se forme par le seul échange de consentement entre des personnes capables de contracter, à moins que

---

53. Le droit des personnes n'est pas une notion bien définie ni acceptée par tous. «Ces droits en effet, présentent des contours incertains. Il existe plusieurs écoles de pensée sur le sujet», Edith Deleury, «Une perspective nouvelle : le sujet reconnu comme objet du droit» (1972) 13 C. de D. 529 à la p. 530 [Deleury, «Perspective nouvelle»]. Nous n'employons ce concept que pour distinguer le droit contractuel d'un droit visant la protection de l'inviolabilité de la personne. Pour une remise en question des droits de la personnalité voir notamment Paul Roubier, *Droits subjectifs et situations juridiques*, Paris, Dalloz, 2005; ou Michel Villey, *Le droit et les droits de l'homme*, 3<sup>e</sup> éd., Paris, P.U.F., 1998 [Villey].

54. Voir par exemple l'article 1409 C.c.Q.: «Les règles relatives à la capacité de contracter sont principalement établies au livre Des personnes».

la loi n'exige, en outre, le respect d'une forme particulière comme condition nécessaire à sa formation, ou que les parties n'assujettissent la formation du contrat à une forme solennelle.

Il est aussi de son essence qu'il ait une cause et un objet [nous soulignons].

En l'occurrence, le chercheur consent à «utiliser» des sujets de recherche à des fins de collecte de données et, de leur côté, les sujets consentent à se prêter aux interventions. En toile de fond, les deux contractants espèrent contribuer à l'avancement de la connaissance «scientifique»<sup>55</sup>. Dans la recherche sur des sujets humains, la volonté de faire progresser la connaissance et d'améliorer les traitements peut être commune aux chercheurs et aux sujets. Donc, conformément à l'article 1385 C.c.Q., le contrat en matière d'expérimentation comporte un échange de consentement entre des personnes capables de contracter (directement ou par l'intermédiaire d'un tiers<sup>56</sup>), une cause (l'avancement de la connaissance et/ou l'amélioration de la santé

---

55. Il n'est pas certain que la finalité de tous les projets de recherche soit de faire avancer la science. En effet, l'on voit parfois des projets visant à vérifier la qualité des actes d'une profession ou visant à tester un appareil médical. Dans ces cas, bien que la méthode soit parfaitement rigoureuse et fasse appel à des sujets humains, l'objectif répond d'abord à un besoin d'efficacité ou d'efficience sociale et non d'avancement du savoir scientifique. Dans ces situations la science nous semble être au service de la technique, ce qui n'est pas forcément, en soi, une mauvaise chose. Voir à ce sujet : Julien P. Cabanac, *L'influence concurrente de la science et de la technique en droit de la santé*, Essai de maîtrise en droit, Université de Sherbrooke, mai 1999 [non publié].

56. On ne réfère pas ici au consentement aux soins des articles 15 et 21 C.c.Q., mais au consentement libre et éclairé du contrat (art. 1399 C.c.Q.); consentement qui peut être donné par le représentant légal en stipulant pour le sujet de recherche. Dans le cas de l'expérimentation, il nous apparaît illusoire que le mineur de plus de 14 ans puisse passer une entente avec le chercheur alors que ce n'est pas lui qui consent à l'expérimentation (à ce sujet, voir : Lesage-Jarjoura et Philips-Nootens, *supra* note 39 à la p. 15). Cela ne signifie pas pour autant que dans le cas particulier de l'expérimentation sur des mineurs de plus de 14 ans, l'article 21 C.c.Q. soit l'assise juridique permettant l'entente contractuelle avec le chercheur. À cet égard, d'autres règles juridiques pourraient trouver une certaine application : la promesse pour autrui ou la tutelle au mineur.

du sujet ou d'autres personnes) et un objet (le déroulement du protocole de recherche). Certaines dispositions qui concernent les contrats en général peuvent trouver application en matière d'expérimentation. C'est le cas, par exemple, de l'article 1403 C.c.Q. qui établit un vice de consentement dans la situation où une crainte est engendrée par «l'exercice abusif d'un droit ou d'une autorité ou par la menace d'un tel exercice». Dans le contexte de la recherche, nous pouvons penser à la possibilité qu'un chercheur/médecin fasse pression sur son patient en affirmant qu'un refus de participer à la recherche aurait pour conséquence de le priver des soins qu'il reçoit déjà<sup>57</sup>.

## **1. L'indisponibilité de la personne et le commerce**

Grégoire Loiseau constate que le concept de «l'indisponibilité de la personne»<sup>58</sup> est susceptible de s'estomper, laissant le corps humain disponible aux lois du commerce<sup>59</sup>. Selon G. Loiseau, le caractère intouchable de l'être humain à travers son corps s'exprimait jadis par des règles prohibitives. Or, au fur et à mesure des avancées de la science, le corps a perdu son caractère sacré, permettant aux individus d'en user selon leur volonté. Avec la disparition du caractère sacré du corps et les manipulations scientifiques des tissus humains, on se rapproche du droit commercial et du principe de l'autonomie de la volonté. Il ne reste ensuite qu'un pas à franchir entre le droit du commerce et la logique commerciale. Ce glissement du sacré vers le commercial conduit à penser que le droit commercial s'impose parce que la

---

57. Art. 1403 C.c.Q. : «La crainte inspirée par l'exercice abusif d'un droit ou d'une autorité ou par la menace d'un tel exercice vicie le consentement». De façon plus subtile, on pourrait fort bien concevoir la crainte de certains patients rendus vulnérables par la maladie devant l'insistance de leur médecin ou du personnel infirmier dont dépend leur qualité de vie et parfois même leur espérance de vie. Dans ces cas particuliers, le devoir d'information devrait être exécuté avec beaucoup de tact. Voir à ce sujet Mireille D. Castelli et Marlène Cadorette, «L'expérimentation biomédicale et l'inviolabilité de la personne : autodétermination ou protection de l'intégrité physique» (1994) 25 R.G.D. 173 aux pp. 204-205 [Castelli et Cadorette].

58. Nerson, «Droits extrapatrimoniaux», *supra* note 46 aux p. 394 et ss.

59. Grégoire Loiseau, «Le rôle de la volonté dans le régime de protection de la personne et de son corps» (1992) 37:4 R.D. McGill 965.



personne tombe de son piédestal. Or, ce n'est pas parce que le corps humain perd de son caractère sacré que les dispositions protectrices du corps humain sont remplaçables par les lois de la propriété et du commerce. Le droit des personnes et le droit des contrats ne sont pas deux vases communicants permettant d'appliquer la logique contractuelle à la personne comme si sa dignité lui avait été retirée. Le fait de rendre chaque personne responsable de son corps ne transporte pas automatiquement les décisions des individus vis-à-vis de leur personne dans un contexte exclusivement contractuel<sup>60</sup>. Rappelons que dans la recherche avec des êtres humains, l'objet du contrat est réalisé sur un être humain. Ainsi, même si la relation chercheur/sujet était de nature contractuelle, même si le consentement à l'expérimentation était vu comme une modalité du contrat entre le chercheur et le sujet, ce consentement, comme nous l'avons vu plus haut, fait aussi appel au droit des personnes.

L'abandon de certains interdits concernant le corps a pour effet de le rendre commercialisable, c'est-à-dire de le placer au même niveau que les biens sujets au commerce et de le soumettre partiellement au champ juridique du droit contractuel<sup>61</sup>. Ce n'est d'ailleurs pas de tout temps que le corps humain a été hors commerce et donc hors du droit du commerce<sup>62</sup>. Nous voulons exprimer ici la présence distincte de deux sources du droit dont les règles, même si elles se ressemblent, poursuivent des fins différentes et doivent donc être interprétées différemment, empêchant l'interprète de puiser, sans précaution<sup>63</sup> dans la jurisprudence, la doctrine ou même la logique de l'un pour appliquer l'autre.

---

60. Kouri et Nootens, *supra* note 9 à la p. 67.

61. Édith Deleury, «La personne en son corps : l'éclatement du sujet» (1991) 70 R. du B. Can. 448; Marie-Angèle Hermitte, «Le corps hors du commerce, hors du marché» (1988) 33 Arch. phil. Droit 323 [Hermitte].

62. Hermitte, *ibid.* à la p. 325.

63. Édith Deleury met bien en lumière les écueils moraux et juridiques résultant potentiellement de l'application du droit des biens lorsque l'être humain devient objet de contrat, Deleury, «Perspective nouvelle», *supra* note 53. Voir aussi Nerson, «Droits extrapatrimoniaux», *supra* note 46 aux p. 355 et ss.

Poussant plus loin le raisonnement, il conviendrait de se demander si, dans le contexte du consentement à l'expérimentation, le droit des personnes ne devrait pas jouir d'une prépondérance sur le droit des biens.

Dans le *Code civil du Québec*, le consentement à l'expérimentation est abordé à la section I (Des soins) du chapitre premier du titre deuxième du livre premier intitulé : Des personnes. Ainsi, la simple classification du Code nous induirait à penser que, en matière de consentement aux soins, le droit des personnes est le premier concerné. Toutefois, même s'il existe une certaine rationalité dans la construction des codes modernes<sup>64</sup>, le juriste est accoutumé à passer d'un chapitre à l'autre, l'un servant à interpréter l'autre, le Code étant un tout<sup>65</sup>. On ne saurait donc invoquer la logique de l'organisation comme seul argument pour revendiquer la priorité du droit des personnes en matière de soins.

On ne saurait non plus proposer la nature «d'ordre public» inhérente au droit des personnes, car le droit contractuel est aussi assujéti à l'ordre public<sup>66</sup> et de nombreuses dispositions du droit des contrats sont d'ordre public, ce concept n'étant lui-même pas bien défini<sup>67</sup>. Malgré tout, le chapitre relatif aux soins est entièrement d'ordre public. Nous devons ici soulever la nuance entre un chapitre dont toutes les dispositions sont d'ordre public

---

64. Jean Ray, *Essai sur la structure logique du Code civil français*, Paris, Librairie Félix Alcan, 1926 aux pp. 193 et ss.

65. *Ibid.*

66. Art. 1413 C.c.Q.: «Est nul le contrat dont l'objet est prohibé par la loi ou contraire à l'ordre public». Lors de l'adoption de l'article 20 C.c.B.-C., les notes explicatives de l'Office de révision du Code civil expliquaient clairement que le respect de l'ordre public provenait du fait que cet article s'appliquait «dans le cadre de la théorie générale des contrats», *Rapport sur la reconnaissance de certains droits*, *supra* note 30.

67. «Cet article sanctionne de nullité le contrat dont l'objet est illégal, illicite ou immoral», ministre de la Justice, *Commentaires du ministre de la Justice*, *supra* note 32 à la p. 858, sous l'article 1413; «L'ordre public serait cet ordre flou et changeant, qui prime les intérêts privés et qui est nécessaire au maintien de l'organisation sociale ou au mieux-être de la société en général», Pineau et Gaudet, *supra* note 41 à la p. 311.

et un chapitre dont les dispositions doivent être appliquées dans le respect de l'ordre public<sup>68</sup>. En matière de soins, cette nuance milite fortement en faveur d'une priorité du droit des personnes sur le droit contractuel.

Enfin, le critère majeur de distinction entre les deux champs du droit réside dans celui décrit notamment par Dominique Thouvenin<sup>69</sup> et fort bien mis en application par Édith Deleury<sup>70</sup> lorsqu'elle distingue le corps sujet et le corps objet, le premier fondant le droit des personnes, le second faisant appel au droit des biens.

L'inviolabilité de la personne protège celle-ci en tant que sujet de droit<sup>71</sup>. Il s'agit d'un droit hors commerce, extrapatrimonial, sans valeur marchande<sup>72</sup>. À l'inverse, «[l]es droits patrimoniaux constituent l'ensemble des droits de caractère économique et appréciables en argent [...]»<sup>73</sup>. Sans remonter aux sources nominalistes de la notion de sujet de droit<sup>74</sup>, rappelons

- 
68. Dans le droit des personnes, on ne peut déroger aux dispositions du C.c.Q., car elles sont d'ordre public alors qu'en droit contractuel, sauf pour certaines dispositions, l'ordre public n'est qu'une limite à la liberté de contracter.
69. Dominique Thouvenin, «Quand le droit prend le corps», Actes, (1985) 49-50 *Cahiers d'action juridique* 35; Xavier Dijon, *Le sujet de droit en son corps*, Bruxelles, Larcier, 1982 aux pp. 672-675.
70. Deleury, «Perspective nouvelle», *supra* note 53.
71. Jean Carbonnier, *Droit civil – 1/Les personnes*, 21<sup>e</sup> éd., Paris, P.U.F., 2000 aux pp. 15 et ss. [Carbonnier]; Roger Nerson, «De la protection de la personnalité en droit privé français» dans *Travaux de l'Association Henri Capitant pour la culture juridique française*, T. XIII, Paris, Dalloz, 1963 à la p. 61 [Nerson, «Protection de la personnalité»].
72. Henri Capitant, *Introduction à l'étude du droit civil*, 4<sup>e</sup> éd., Paris, A. Pedone, 1925 aux pp. 135 et ss. [Capitant]; Édith Deleury et Dominique Goubau, *Le droit des personnes physiques*, 3<sup>e</sup> éd., Cowansville, Yvon Blais, 2002 à la p. 75 [Deleury et Goubau]; Baudouin, Jobin et Vézina, *supra* note 43 à la p. 1; Deleury, «Perspective nouvelle», *supra* note 53 à la p. 532.
73. Baudouin, Jobin et Vézina, *ibid.* à la p. 2.
74. André-Jean Arnaud, *Les origines doctrinales du Code civil français*, Vol. IX, Paris, L.G.D.J., 1969; Ph-I. André-Vincent, *Les révolutions et le droit*, vol. XVIII, Paris, L.G.D.J., 1974; Villey, *supra* note 53; Michel Bastit, *Naissance de la loi moderne*, Paris, P.U.F., 1990. Michel Villey explique que Guillaume d'Occam a popularisé le nominalisme au XIV<sup>e</sup> siècle. Tranchant avec la

que le droit des personnes reconnaît l'être humain à travers ses attributs comme une réalité distincte des choses<sup>75</sup>. Certains attributs de la personnalité sont tellement valorisés qu'ils ont été élevés au rang de droits fondamentaux dans diverses chartes, déclarations et constitutions<sup>76</sup>. Les droits de la personnalité constituent donc «une catégorie originale»<sup>77</sup> qui est rattachée à la personne, notamment dans sa dimension corporelle. Ce corps qui

---

vision grecque du Cosmos, Occam plaçait l'individu au centre de la relation à Dieu. La table était mise pour que le droit évolue dans ce nouveau contexte philosophique. Chacun pouvait devenir sujet de droit, recentrant ainsi l'ensemble du droit autour de l'individu. L'individu devenant désormais le centre des préoccupations, le droit ne dépendait plus de l'équilibre de l'univers, mais dépendait de la volonté des décideurs ou des interprètes et donc de leur rationalité. De là apparaissait le droit naturel moderne dont l'essence serait de générer des règles juridiques à partir d'une vision rationnelle du monde.

75. Capitant, *supra* note 72 à la p. 133; Carbonnier, *supra* note 71. Nous distinguons ici le droit des personnes du droit subjectif décrit par Jacques Ghestin et Gilles Goubaux dans *Traité de droit civil – Introduction générale*, 3<sup>e</sup> éd., Paris, L.G.D.J., 1990 à la p. 144; le second englobant le premier. En effet, le droit subjectif est un droit fondé sur la notion de sujet de droit. Or, le contrat du Code civil naît d'un accord de volonté entre deux sujets. La notion juridique contemporaine de contrat fait donc appel, elle aussi, à un droit subjectif, c'est-à-dire un droit fondé sur l'individu, ex. : le créancier distinct de la créance : Pineau et Gaudet, *supra* note 41 aux p. 2 et 12; Nerson, «Protection de la personnalité», *supra* note 71.
76. *Charte canadienne des droits et libertés*, partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, constituant l'annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada* (R.-U.), 1982, c. 11; *Déclaration canadienne des droits*, L.R.C. 1985, App. III; *Charte des droits et libertés de la personne*, L.R.Q. c. C-12; *Déclaration universelle des droits de l'homme*, Rés. AG 217 (III), Doc. Off. AGNU, 3<sup>e</sup> sess., supp. n°13, Doc N.U. A/810 (1948) 71; *The American bill of rights* (1791); *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789*. Ces documents sont reproduits en tout ou en partie dans André Morel, *Code des droits et libertés*, 6<sup>e</sup> éd., Montréal, Thémis, 1998. Certains diront que le terme «élevé» est mal choisi car ces droits ont commencé à exister dans un cadre publiciste, c'est-à-dire dans une relation des citoyens avec l'État. Les premiers droits de la personne étaient inscrits dans les premières grandes déclarations (ex. : 1776 et 1789). Ces droits n'ont été importés dans le droit privé que par la suite. Voir à ce sujet : René Savatier, *Les métamorphoses*, 3<sup>e</sup> série, Paris, Dalloz, 1959 à la p. 7; Nerson, «Protection de la personnalité», *supra* note 71 à la p. 64.
77. Deleury et Goubau, *supra* note 72 à la p. 74.

«échappe au monde des objets»<sup>78</sup> se trouve «triplement défendu : 1° contre les atteintes des tiers par une sorte d'interdit, l'inviolabilité; 2° contre le pouvoir de disposition de l'individu de lui-même, par des restrictions à l'autonomie de la volonté; 3° contre le regard d'autrui, une défense que l'on nomme *pudeur*»<sup>79</sup>. En bref, selon une perspective historique, le droit des personnes est apparu en marge du droit patrimonial. D'un coup d'œil rapide, ce droit (des personnes) pourrait donc être circonscrit de manière négative par ce qui n'est pas du droit patrimonial, alors qu'il est de l'essence même des contrats de faire appel aux biens et à la notion de patrimoine. Vis-à-vis de notre réflexion sur le formulaire de consentement à la recherche, cette opposition mérite d'être examinée plus en détail.

Dans les prochaines pages, nous montrerons d'une part, que le consentement à l'expérimentation accorde une priorité au respect de l'être humain. D'autre part, nous exposerons quelques conséquences concrètes que risquerait d'entraîner une hégémonie du droit contractuel à l'égard du formulaire de consentement afin de mettre en lumière une incompatibilité entre cette logique du droit et la protection des sujets de recherche.

## **2. Une liberté contractuelle limitée**

Le sujet de recherche est à la fois un contractant et la personne sur laquelle est réalisé l'objet du contrat de recherche. Puisque cette personne est dotée de la dignité humaine et de droits fondamentaux, la relation contractuelle entre le chercheur et le sujet de recherche doit tenir compte en priorité de la dignité humaine et de la protection personnelle du sujet.

En ce qui concerne la formation du consentement, ce constat implique que le sujet doive être éclairé convenablement (art. 11 C.c.Q.). De ce point de vue, la longueur du formulaire n'est pas nécessairement importante en elle-même; il pourrait même être relativement long à la condition de respecter des limites

---

78. Carbonnier, *supra* note 71 à la p. 20.

79. *Ibid.*

raisonnables. L'important est que le chercheur s'assure que le sujet ait bien intégré l'information contenue dans le formulaire. On pourrait même avancer que si l'information intégrée par les sujets était à l'image du formulaire de consentement, les CÉR encourageraient de volumineux formulaires. Malheureusement, la réalité pratique nous montre que les formulaires ne sont pas toujours bien expliqués et que, même lorsque le chercheur prend le temps d'expliquer, la somme d'informations est telle que la plupart des sujets n'en retiennent qu'une partie<sup>80</sup>.

Il est important d'insister sur ce point, car l'ampleur des formulaires ne constitue un problème que dans la mesure où l'authenticité du consentement s'en trouve affecté. Le comportement du chercheur ou du personnel de recherche constitue donc un facteur primordial dans l'évaluation de ce que l'on considère être une quantité acceptable d'informations. Toutefois, il faut savoir que les sujets ne peuvent pas assimiler trop d'informations d'un seul coup et ce, malgré tous les efforts louables du chercheur<sup>81</sup>. C'est la raison pour laquelle un document du Comité de liaison en éthique de la recherche de l'Université de Montréal (CLÉRUM) propose de limiter la longueur des formulaires à 5 ou 6 pages<sup>82</sup>.

La nature même du consentement à l'expérimentation le distingue catégoriquement du consentement à un engagement purement contractuel. En effet, le sujet de recherche dispose de la capacité de se retirer de la recherche, tout au long de son déroulement. Le consentement à l'expérimentation existe à titre de continuum et, à ce titre, il n'est absolument pas limité au moment requis pour son expression écrite :

[l]e moment où le sujet éventuel signe le formulaire de consentement et devient sujet de recherche ne détermine

---

80. *Supra* note 16.

81. Estey, Wilkin et Dossetor, *supra* note 4.

82. Sonia Audy, *Rédiger un formulaire de consentement respectueux de l'autonomie des sujets pressentis : une mission impossible?*, Montréal, CLÉRUM, 14 mars 2005 à la p. 22 [Audy].

pas la volonté qui prévaudra lors des moments ultérieurs, puisque le sujet peut se retirer de l'expérimentation à tout moment avant que celle-ci ne prenne fin. En conséquence, le consentement ne doit pas être perçu comme un événement fini et limité à un moment précis, mais comme l'expression d'une volonté continue dans le temps.

L'idée de continuum représente la permanence, l'écoulement ininterrompu, le caractère incessant de quelque chose qui est situé dans l'espace ou dans le temps. Cette idée se trouve opposée à celles d'interruption, de rupture et de discontinuité. En ne révoquant pas le consentement qu'il a exprimé, le sujet réaffirme à tout moment sa volonté de participer à l'expérimentation. Conceptuellement, l'absence de révocation du consentement équivaut à répéter l'expression implicite du consentement ou à renouveler celui-ci de manière à ce qu'il se perpétue. Cette expression du consentement est implicite car elle découle naturellement de la conduite du sujet qui s'abstient de révoquer sa volonté initiale.

La formalité de l'écrit peut engendrer un effet indésirable sur la conception que le sujet se fait de ses obligations à l'égard des responsables ou des promoteurs de l'expérimentation. Le sujet pourrait percevoir sa signature comme le point final qu'on met à une transaction définitivement engageante. La transaction par laquelle on achète une voiture ou une maison constitue un contrat irrévocable. Il faut éviter que le sujet applique cette logique à l'expérimentation et qu'il entretienne l'impression que sa signature l'engage jusqu'à ce que l'expérimentation soit terminée<sup>83</sup>.

Enfin, même si l'on place le consentement écrit dans un contexte contractuel<sup>84</sup>, la volonté du sujet n'est pas seule en

---

83. Michel T. Giroux, (2003) 19 Médecine/sciences 1016 à la p. 1017.

84. Didier Lluellas, «Les renouvellements unilatéral et automatique, fondés sur une clause du contrat» (Printemps 2004) 64 R. du B. 151.

cause<sup>85</sup>. Contrairement au contrat synallagmatique traditionnel, le sujet n'a pas le droit de s'engager au-delà d'une limite raisonnable, c'est-à-dire lorsque les risques deviennent hors de proportion avec les bénéfices (art. 20 C.c.Q.) : «en matière d'expérimentation, l'inviolabilité de la personne humaine fait prédominer l'intégrité physique et mentale – donc la santé – du sujet sur son autonomie»<sup>86</sup>. On voit bien ici que le droit reconnaît la prépondérance de l'intégrité personnelle du sujet sur son autodétermination elle-même, puisque le sujet ne jouit pas d'une totale liberté contractuelle en matière d'expérimentation.

### **3. Le formulaire conçu comme un contrat : conséquences pratiques**

Nous reconnaissons, dans le contrat entre le chercheur et le sujet de recherche, certains attributs des contrats en général dont il est question dans le *Code civil du Québec*<sup>87</sup>.

Tout d'abord, il s'agit d'un contrat synallagmatique dans lequel «les parties s'obligent réciproquement»<sup>88</sup>. Le sujet de recherche est, en effet, débiteur de certaines obligations : suivre les instructions de l'équipe de recherche, se présenter aux rendez-vous, remplir les questionnaires, rester à jeun, répondre honnêtement aux questions, prendre ses médicaments, etc. Enfreindre les instructions risque de biaiser les résultats et de

---

85. «L'article 20 C.c.Q. édicte qu'une personne peut se soumettre à une expérimentation "pourvu que le risque couru ne soit pas hors de proportion avec le bienfait qu'on peut raisonnablement en espérer". En matière d'expérimentation, le consentement du patient ne suffit donc pas. De fait, ce consentement ne pourra être sollicité, et obtenu, qu'après la prise en considération du rapport risque/bienfait. Ce n'est qu'après cette évaluation que le chercheur pourra envisager de procéder à l'expérimentation et obtenir les consentements des sujets de recherche», *Parent c. Maziade*, [1998] R.J.Q. 1444 (C.A.) à la p. 1457.

86. Castelli et Cadorette, *supra* note 57 à la p. 212; Kouri et Nootens, *supra* note 9.

87. *Code civil du Québec*, *supra* note 6 au Livre cinquième, chapitre deuxième, art. 1378 C.c.Q. et ss.

88. Art. 1380 C.c.Q., Lesage-Jarjoura et Philips-Nootens, *supra* note 39 aux pp. 9-16.



porter préjudice à la recherche. De son côté, le chercheur doit se présenter aux rendez-vous, respecter le protocole de recherche, s'entourer de personnel compétent, saisir les données de façon rigoureuse, procurer les soins requis, verser les indemnités compensatoires, etc.

Ensuite, même si le *Code civil du Québec* interdit toute contrepartie financière à l'expérimentation<sup>89</sup>, cela ne signifie pas forcément que le contrat soit à titre parfaitement gratuit<sup>90</sup>. Certes, le contrat peut ne mentionner aucun avantage pécunier ni avantage dans la livraison des soins, mais le sujet éprouve souvent des attentes précises en matière de suivi et d'attentions diverses personnalisées. Il arrive donc souvent que les deux parties retirent un avantage de la recherche : le chercheur cueille des observations et des données, et le sujet reçoit une attention et des soins qu'il ne recevrait peut-être pas en dehors d'un contexte de recherche. Il reçoit parfois même, une indemnité financière non négligeable. Dans ces circonstances, les attentes des patients/sujets pour toutes sortes d'avantages dépassent le don gratuit de leur personne et font en sorte que les contrats de recherche entre eux et les chercheurs ne sont pas toujours à titre gratuit.

Enfin, il s'agit certainement d'un contrat d'adhésion<sup>91</sup> puisque les sujets de recherche n'ont que peu ou pas «le choix quant aux conditions du contrat»<sup>92</sup>.

Toutes ces caractéristiques typiques des rapports contractuels naissent de l'échange des consentements<sup>93</sup> entre le chercheur et le sujet de recherche ou son représentant légal<sup>94</sup>. Or, redisons-le, tel qu'il est habituellement libellé, le formulaire de

---

89. Art. 25 C.c.Q.

90. Art. 1381 C.c.Q.

91. Art. 1379 C.c.Q.; *Roy c. Walker*, REJB 1997-07492 (C.S.), 18 juin 1997 [*Roy c. Walker* (C.S.)].

92. Henri Kélada, *Précis de droit privé québécois*, Québec, Société québécoise d'information juridique, 1986 à la p. 328; Baudouin, Jobin et Vézina, *supra* note 43 aux p. 66 et ss.

93. Art. 1385 et 1386 C.c.Q.

94. Voir les explications, *supra* note 56.

consentement ressemble davantage à une entente contractuelle qu'à une simple autorisation<sup>95</sup> de donner des soins. On y retrouve en effet, les signatures du chercheur et du sujet de recherche et toutes les modalités d'exécution de la recherche, jusqu'à certaines clauses d'indemnisation.

Un contrat écrit, dans son essence, vise à éviter les malentendus. L'objectif est de rendre la relation contractuelle la plus claire et transparente possible. Il est donc souhaitable de retrouver dans le contrat de nombreuses clauses : clauses sur l'exécution détaillée des obligations, clauses sur l'interprétation du contrat, clauses permettant la gestion de la mésentente<sup>96</sup>, clauses pénales ou d'indemnisation<sup>97</sup>, etc. Il s'agit d'une logique visant à prévenir les conflits<sup>98</sup> dans laquelle on devrait idéalement stipuler d'avance toutes les modalités de l'entente entre les contractants. On comprend facilement qu'une telle perception du formulaire de consentement viendrait anéantir à leur base les arguments réclamant un formulaire limité à «ce qui est essentiel à l'obtention du consentement»<sup>99</sup>.

En conséquence, il n'y aurait pas de limites à la prévoyance et on voit mal, si l'on devait suivre en priorité la rationalité contractuelle, sur quelles bases légales ou morales un CÉR

---

95. Knoppers, *supra* note 27.

96. On suggère de plus en plus d'insérer une clause d'arbitrage ou de médiation obligatoire dans les contrats. À cet effet, le 3 octobre 2002, l'*Institut de médiation et d'arbitrage du Québec* a officiellement lancé une campagne de promotion «Servez votre cause, exigez la clause» incitant les contractants à prévoir la médiation ou l'arbitrage obligatoire en cas de conflit» (7 avril 2007) en ligne : IMAQ : <<http://www.iamq.org/>>. À l'avenir, devra-t-on prévoir ce type de clause dans le formulaire de consentement?

97. Art. 1474 C.c.Q.

98. Capitant, *supra* note 72.

99. Lesage-Jarjoura et Philips-Nootens, *supra* note 39 à la p. 168 : «Il a été établi que le degré de compréhension varie suivant la longueur du texte. Les formules [formulaire de consentement] trop courtes ont pour défaut d'être incomplètes; les formules trop longues rendent la décision douteuse. Les formules ne devraient comprendre que ce qui est essentiel à l'obtention du consentement, et elles ne remplacent pas les explications verbales». Les auteurs renvoient notamment à P.S. Applebaum, «Assessing Patient's Capacity to Consent to Treatment» (1988) 319 : 25 N. Engl. J. Med. 1635; voir aussi Audy, *supra* note 82.

pourrait s'opposer à la multiplication de toutes ces clauses dans la mesure où le consentement aurait été éclairé. De la même façon, les CÉR seraient bien mal équipés pour juger de la légitimité du contenu des clauses du contrat. Sauf pour la présence évidente d'une infraction à l'ordre public, la seule responsabilité du CÉR à l'égard du formulaire reviendrait donc à vérifier que tous les éléments (surtout les risques<sup>100</sup>) y soient clairement énoncés. Telle serait, à l'égard des CÉR, la conséquence d'une vision exclusivement contractuelle du formulaire de consentement. On saisit assez vite que cette logique est inapplicable de manière exclusive et s'oppose même, dans une certaine mesure, au mandat des CÉR dont la mission est «de contribuer à s'assurer que toute la recherche avec des sujets humains se déroule conformément à des principes éthiques»<sup>101</sup>. En effet, en abandonnant l'évaluation du contenu des formulaires de consentement, les CÉR perdraient le pouvoir de vérification qu'ils exercent présentement sur l'information devant être divulguée aux sujets de recherche. On voit mal ensuite comment ils pourraient s'assurer *a priori* du respect de l'autonomie (consentement éclairé) de ces derniers<sup>102</sup>.

---

100. *Weiss c. Solomon*, *supra* note 9. À la page 742 de son jugement, le juge De Blois reproche au CÉR d'avoir approuvé un protocole de recherche ainsi qu'une formule de consentement où tous les risques n'étaient pas énumérés : «en matière de recherche purement expérimentale, le médecin doit révéler tous les risques connus même rares ou éloignés et, à plus forte raison, si ceux-ci sont d'une conséquence grave»; voir aussi : Jean-Louis Baudouin, «L'expérimentation sur les humains : un conflit de valeurs» (1980-81) 26 R.D. McGill 809 à la p. 824.

101. *Énoncé de politique des trois Conseils*, *supra* note 10 à la p. 1.1. L'Avis juridique du ministère de la Santé et des Services sociaux établissant les *Conditions d'exercice des comités d'éthique de la recherche désignés ou institués par le ministre de la Santé et des Services sociaux en vertu de l'article 21 du Code civil*, donne mandat au CÉR «d'approuver les projets de recherche effectués auprès de personnes mineures ou majeures inaptes [...]». Dans le cadre de ce mandat, le CÉR doit : «examiner le mode de sélection des personnes et évaluer les modalités de consentement à la recherche», G.O.Q 1998.I.1039.

102. Julien Cabanac, «L'utilisation des règles juridiques dans l'évaluation du risque/bénéfice par les comités d'éthique de la recherche», dans Christian Hervé et al., dir., *Place de la bioéthique en recherche et dans les services cliniques*, Paris, Dalloz, 2005, 23.

Sans la présence d'un soutien juridique provenant du CÉR, les sujets se trouveraient exposés à des abus contractuels. En effet, les rédacteurs pourraient leur imposer des obligations conformes à la loi, mais non conformes à l'éthique. Nous pensons par exemple à une obligation de divulgation généreuse de renseignements personnels et à des limites abusives concernant l'indemnisation en cas de préjudice. Les sujets pourraient aussi se croire liés par des clauses contractuelles non conformes aux lois du Québec, telles certaines clauses d'exclusion de responsabilité<sup>103</sup>.

Heureusement, ces dernières années la jurisprudence a régulièrement rappelé la distinction entre la réalité du consentement et la signature du formulaire<sup>104</sup>, insistant sur le devoir d'information des professionnels de la santé<sup>105</sup>, surtout si le formulaire est d'une lecture difficile.

---

103. Art. 1474 C.c.Q.: «Une personne [...] ne peut aucunement exclure ou limiter sa responsabilité pour le préjudice corporel ou moral causé à autrui».

104. *Cantin-Cloutier c. Gagnon*, (C.S.) 200-17-001424-993, 20 nov. 2000, REJB 2000-21212; *Roy c. Walker*, 16 mai 2000, REJB 2000-18273 (C.A.) [*Roy c. Walker* (C.A.)]; *Jacob c. Roy*, 2003BE-482 (C.S.); *Jimenez c. Pehr*, REJB 2002-32698 (C.S.). «Elles [les formules de consentement] font preuve de l'obtention du consentement certes, mais non pas forcément de l'exécution de l'obligation de renseigner. On devra toujours pouvoir démontrer qu'une information adéquate a été donnée au malade. Un consentement signé n'équivaut pas à un consentement éclairé», Lesage-Jarjoura et Philips-Nootens, *supra* note 38 à la p. 167; Kouri et Nootens, *supra* note 9 aux p. 298 et 505; Fay A. Rosovsky, *Consent to Treatment : a Practical Guide*, 2<sup>nd</sup> ed., Boston, Little, Brown & Compagny, 1990 à la p. 35; Gilbert Sharpe, *The law and Medicine in Canada*, 2<sup>nd</sup> ed., Toronto, Butterworths, 1987 à la p. 89.

105. Cette distinction est assez claire dans le *Code de déontologie des médecins* (*Code des professions*, L.R.Q., c. C-26, art. 87; 2001, c. 78, art. 6) qui sépare les explications du consentement écrit :

«30. Le médecin doit, vis-à-vis des sujets de recherche ou de leur représentant légal, s'assurer :

1° que chaque sujet soit informé des objectifs du projet de recherche, des avantages, risques ou inconvénients pour le sujet, des avantages que lui procureraient des soins usuels s'il y a lieu, ainsi que du fait, le cas échéant, que le médecin retirera des gains matériels de l'inscription ou du maintien du sujet dans le projet de recherche;

Dans l'affaire *Roy c. Walker*<sup>106</sup>, le juge Tellier déclare non applicable le formulaire de consentement en raison notamment de sa complexité :

[d]ans la mesure où ce document peut constituer un contrat, le Tribunal n'a aucune hésitation à le considérer comme abusif et à le déclarer non applicable. Ce qui doit primer dans les circonstances, ce n'est pas la formule qui en dit tellement qu'elle ne dit pas grand chose. Ce qui apparaît important, ce sont les témoignages des parties et le dossier-patient<sup>107</sup>.

La Cour d'appel va plus loin et n'examine même pas le formulaire dont la fonction serait simplement de faire état de l'existence du consentement :

Avec égards, il est inutile, en l'espèce, d'évaluer le document auquel l'intimée a souscrit. Il est clair qu'elle a consenti au traitement proposé par son dentiste. La question n'est pas celle-là mais celle de savoir si la signataire a reçu tous les renseignements et informations pertinents pour permettre un consentement éclairé au traitement suggéré<sup>108</sup>.

En bref, on se retrouve dans une situation où les formulaires de consentement ressemblent de plus en plus à des contrats alors que la rationalité contractuelle (art. 1399 C.c.Q) ne semble, encore, être appliquée ni par la jurisprudence, ni par les CÉR. À l'instar des CÉR, les juges sont sans doute sensibles à l'importance de la protection des personnes et en même temps conscients de l'absurdité d'une vision exclusivement contractuelle dans l'interprétation des formulaires de consentement.

---

2° qu'un consentement libre, éclairé, écrit et révocable en tout temps, soit obtenu de chaque sujet avant le début de sa participation à la recherche ou lors de tout changement significatif au protocole de recherche».

106. *Roy c. Walker* (C.S.), *supra* note 91.

107. *Ibid.*, à la note 11 du jugement.

108. *Roy c. Walker* (C.A.), *supra* note 104.

## **CONCLUSION**

Au fil du temps, les quelques pages faisant preuve de l'existence du consentement à l'expérimentation se sont transformées en un volumineux document contenant une multitude de renseignements sur les droits et les obligations des parties. À tel point que les CÉR, qui jadis encourageaient l'exhaustivité, doivent maintenant restreindre les ardeurs des rédacteurs, non seulement dans la quantité d'informations, mais dans la teneur de ces informations.

En l'absence de précision expliquant la fonction ou la raison d'être de l'écrit exigé par l'article 24 C.c.Q., comment blâmer une tendance qui chercherait, comme pour n'importe quel autre contrat, à y inclure le plus d'informations possibles? Pourquoi aussi freiner le nombre de clauses informant souvent et engageant parfois les sujets de recherche dans toutes sortes d'obligations dont ils ne pourront pas se plaindre puisqu'ils ont signé le formulaire? S'ils signent, c'est qu'ils acceptent! Par contre, les quelques jugements qui constituent la jurisprudence en ce domaine tendent à rejeter cette mentalité.

De par sa nature, le formulaire de consentement se trouverait-il donc entre deux chaises? S'agit-il d'un contrat d'adhésion ou d'un document d'information? Le premier fait appel à une rationalité contractuelle alors que le second s'inscrit dans le cadre de la protection de la personne physique.

La première fonction des CÉR est la protection des sujets<sup>109</sup>. Conséquemment, il est naturel qu'ils abordent le contenu du formulaire en ayant comme préoccupation l'inviolabilité de la personne. Les deux rationalités ont des objectifs différents; le droit contractuel pousse à l'exhaustivité de l'écrit, alors que le droit des personnes favorise, certes, une information complète mais en mettant surtout l'accent sur la compréhension des sujets (art. 10 C.c.Q.) laquelle rime le plus souvent avec concision. Du reste, certaines clauses d'indemnisation, d'obligation, d'utilisation des résultats, parfaitement justifiées dans un cadre contractuel sont contestables, principalement par ce qu'elles n'ont pas de lien avec les risques de la recherche. Il faut donc conclure à la nécessité d'un certain ajustement.

Si la forme «contrat» était choisie, il faudrait, afin de mieux protéger les sujets de recherche, être plus explicite et distinguer les informations relatives aux soins, à la prise des données et à leur utilisation, de celles relevant de la relation générale chercheur/sujet (ex. : indemnisation en cas de lésion, clauses

---

109. Cet objectif figure toujours parmi des premières dispositions des règlements universitaires relatifs à la recherche avec des êtres humains. Le règlement amendant la réglementation de la *Loi sur les aliments et drogues* D.O.R.S./2001-203, décrit le mandat des CÉR à l'article C. 05.001 : «the principal mandate of which is to approve the initiation of, and conduct periodic reviews of, biomedical research involving human subjects in order to ensure the protection of their rights, safety and well being». Par ailleurs, les règles d'éthiques de Santé Canada définissent le comité d'éthique de la façon suivante à l'article 1.27 : «Organisme indépendant (conseil ou comité d'examen de l'établissement, régional, national ou supranational), composé de professionnels des milieux médical et scientifique et de membres n'appartenant pas à ces milieux, dont la responsabilité consiste à assurer la protection des droits, de la sécurité et du bien-être des sujets humains participant à un essai et à garantir publiquement cette protection, d'une part, en examinant le protocole d'essai, la compétence des investigateurs, les installations ainsi que les méthodes et les documents à utiliser pour obtenir le consentement éclairé des sujets après les avoir informés adéquatement et, d'autre part, en formulant une approbation/opinion favorable à cet égard». Elles prévoient aussi explicitement la priorité des participants sur la science à l'article 2.3 : «Les droits, la sécurité et le bien-être des sujets ont préséance et doivent l'emporter sur les intérêts de la science et de la société».

pénales, informations accessoires, etc.). En revanche, si l'on préférerait revenir à un document ou feuillet d'information (comme l'intitulent parfois les promoteurs de la recherche) destiné exclusivement à l'éclairage du sujet dans le cadre de l'inviolabilité de sa personne, ce document ne devrait contenir que l'information *essentielle à la prise de décision*. Par exemple, il ne faudrait plus retrouver ces longues et difficiles pages décrivant dans le menu détail chaque intervention, car la présence de ces descriptions ardues ne facilite pas forcément la compréhension du signataire.

Il est difficile de trouver des critères permettant de distinguer l'essentiel de l'accessoire mais cela n'est pas impossible. Le critère le plus simple est sans doute celui de la longueur du formulaire de consentement; est seule essentielle, l'information qui tient dans 5 à 6 pages. On pourrait y parvenir par des rédactions successives. Le contenu du premier jet serait aussi long qu'on le désirerait. Il y aurait ensuite une succession de rédactions jusqu'à ce que le formulaire atteigne 5 à 6 pages. Dans un tel exercice, les rédactions successives du formulaire seraient toujours plus brèves et répondraient chaque fois à la question de savoir ce qui peut être retiré sans que la qualité du consentement du sujet n'en soit altérée. Chaque information conservée devrait être la plus synthétisée possible afin d'en faciliter la compréhension et l'intégration par le sujet de recherche.



**RDUS**

# **Revue de DROIT**

**UNIVERSITÉ DE SHERBROOKE**

**Titre :** LIBRES PROPOS SUR LA RESPONSABILITÉ CONTRACTUELLE DU PHARMACIEN D'OFFICINE

**Auteur(s) :** Marie-Ève ARBOUR

**Revue :** RDUS, 2006-2007, volume 37, numéro 2

**Pages :** 275-329

**ISSN :** 0317-9656

**Éditeur :** Université de Sherbrooke. Faculté de droit.

**URI :** <http://hdl.handle.net/11143/11837>

**DOI :** <https://doi.org/10.17118/11143/11837>

*Page vide laissée intentionnellement.*

## LIBRES PROPOS SUR LA RESPONSABILITÉ CONTRACTUELLE DU PHARMACIEN D'OFFICINE

par Marie-Ève ARBOUR\*

*Le pharmacien d'hier évoque l'image d'un professionnel passif, contraint d'exécuter fidèlement le traitement pharmacologique prescrit au patient par le médecin. Aujourd'hui, par contraste, la complexité des médicaments, le développement de la science et de la technologie, de même que les revendications croissantes des consommateurs ont contribué à un renouvellement des valeurs véhiculées par la profession pharmaceutique. Sur le plan de la responsabilité, l'étude du rapport contractuel entre le pharmacien et ses clients/patients met à jour un étrange paradoxe. D'un côté, la population revendique une relation davantage personnalisée avec le pharmacien ; de l'autre, les modes contemporains de distribution des produits de santé véhiculent des attitudes consuméristes ancrées dans la dépersonnalisation progressive de ce même rapport contractuel (i.e. Internet). Ces nouveaux paramètres créent une tension sur les principes traditionnels qui posent les paramètres de la responsabilité contractuelle du pharmacien. D'abord, ils invitent à une redéfinition du contenu obligationnel du contrat au regard de l'obligation d'information dont ces derniers sont progressivement débiteurs. Ensuite, les modalités de l'échange commercial contemporain posent le défi de préciser la portée des obligations déontologiques qui s'imposent aux pharmaciens dans l'acte de distribution à distance de médicaments, et ce, en l'absence d'une rencontre physique ayant eu lieu avec le patient. Enfin, le thème de l'indemnisation du préjudice corporel causé par le fait des médicaments défectueux invite à une analyse de la responsabilité du pharmacien en tant que sujet débiteur de l'obligation de qualité, tant au regard du C.c.Q. que de la L.p.c.. L'auteure conclut que ce fondement pluriel de la responsabilité contractuelle du pharmacien est principalement configuré par l'exigence (ou non) d'une ordonnance médicale.*

---

---

\*. Professeure à la Faculté de droit de l'Université Laval, Québec. L'auteure remercie la Fondation du Barreau du Québec pour l'aide financière ayant permis de mener à bien cette contribution; en outre, elle remercie Vincent Girard, LL.B., Vincent Hamel, LL.B. et Véronique Racine, LL.B. pour leur participation à la recherche documentaire.

*The pharmacist of yesteryear evokes the image of a passive professional, constrained to faithfully dispensing the medications prescribed by a physician. Today, however, the complexity of medications, the development of science and technology and the increasing demands of consumers have all contributed to the renewal of the fundamental values of the pharmaceutical profession. In terms of liability, an analysis of the contractual relationship between the pharmacist and his or her client/patient brings to light a paradoxical situation. On the one hand, patients appear to require a more personalized relationship with the pharmacist; yet on the other, contemporary modes of distributing drugs and healthcare products encourage consumerist attitudes resulting from the growing depersonalization of this very same contractual relationship (e.g. the purchase of medication on the internet). This new paradigm places stresses on the traditional principles underlying the contractual liability of the pharmacist. To begin with, it invites a redefinition of the obligational content in light of the duty to inform to which pharmacists are increasingly subjected. Moreover, the very characteristics of this contract are indicative of a need to better define the deontological duties imposed on pharmacists when dispensing medications to persons not physically present. Finally, product liability issues stemming from defective drugs invite further further analysis of a pharmacist's responsibility as debtor of an obligation to ensure quality under both the Civil Code of Quebec and the Consumer Protection Act. The writer concludes that this multifaceted basis of a pharmacist's contractual liability is determined primarily according to whether or not a physician's prescription is required.*

(2007) 37 R.D.U.S.	<i>Libres propos sur la responsabilité contractuelle du pharmacien d'officine</i>	277
--------------------	---	-----

## SOMMAIRE

<b>Introduction</b>	279
<b>Première partie : L'évolution du rapport contractuel entre le pharmacien et ses clients</b>	282
1.1 Vers un élargissement des obligations contractuelles du pharmacien?	285
1.1.1 L'exercice non négligent de la prestation professionnelle	286
1.1.2 De l'acte de substitution à la thérapie contraceptive d'urgence	290
1.2 Quelques perspectives comparées : l'expérience franco-américaine	294
<b>Deuxième partie : Le déséquilibre de la relation patient/ pharmacien causé par la vente à distance des médicaments</b>	301
2.1 Le cadre législatif québécois de la vente à distance de médicaments	303
2.1.1 La vente de médicaments et l'élément d'extranéité	304
2.1.2 Quelques perspectives déontologiques	308
2.2 La solution préconisée par la Cour de justice des communautés européennes	312
2.2.1 Les médicaments vendus sans ordonnance médicale	315
2.2.2 Les médicaments soumis à une ordonnance médicale	318
<b>Troisième partie : L'outil contractuel ou l'extension du spectre des débiteurs hypothétiques</b>	320
3.1 Le droit de la vente et les garanties contractuelles	321
3.2 L'application de la <i>Loi sur la protection du consommateur</i>	323
<b>Conclusion</b>	328



## Introduction

Le pharmacien d'hier évoque l'image d'un professionnel passif, contraint d'exécuter fidèlement le traitement pharmacologique prescrit au patient par le médecin. Mais aujourd'hui, la complexité des médicaments, le développement de la science et de la technologie auxquelles s'ajoutent les revendications croissantes des consommateurs ont contribué à un renouvellement des valeurs véhiculées par la profession pharmaceutique<sup>1</sup>. «Patients ou clients?» s'interroge un ethnologue à propos de la qualité des visiteurs d'une pharmacie belge<sup>2</sup>. À lui

1. C'est dans cette optique que l'Ordre des pharmaciens du Québec propose une réforme de son code de déontologie : «Projet de code de déontologie» (septembre 2006), en ligne : Ordre des pharmaciens du Québec <[www.opq.org/fr/PDF/Projet%20de%20code%20de%20déontologie\\_final\\_septembre\\_2006.pdf](http://www.opq.org/fr/PDF/Projet%20de%20code%20de%20déontologie_final_septembre_2006.pdf)> [Projet de code de déontologie], lequel fait écho au rapport publié par l'Ordre des pharmaciens du Québec : «L'exercice de la pharmacie au Québec, la nécessaire adaptation aux nouvelles réalités du XXI<sup>ème</sup> siècle» (6 juin 2001), en ligne : Ordre des pharmaciens du Québec <[http://www.opq.org/fr/prise\\_position/memoires/PDF/chantier%20bernier%20V%20JUN.pdf](http://www.opq.org/fr/prise_position/memoires/PDF/chantier%20bernier%20V%20JUN.pdf)> [L'exercice de la pharmacie au Québec]. Cette réalité s'observe de manière analogue au niveau international, là où l'on promeut un accroissement du rôle dévolu aux pharmaciens au sein des divers réseaux de soins de santé. Voir en ce sens : *The Role of the Pharmacist in the Health Care System*, 1994, Who/Pharm/94.569 à la p. 2, en ligne : Organisation mondiale de la santé < [http://whqlibdoc.who.int/hq/1994/WHO\\_PHARM\\_94.569.pdf](http://whqlibdoc.who.int/hq/1994/WHO_PHARM_94.569.pdf)>; Organisation Mondiale de la Santé, *Report of a WHO Consultative Group, The role of the pharmacist in the health care system*, New Delhi, 1998. Voir aussi Conseil de l'Europe, A.P., Résolution (96) 35 révisant l'accord partiel dans le domaine social et de la santé publique, Textes adoptés, Res. 35 (1996); Conseil de l'Europe, A.P., Résolution AP (97) 2 sur l'évolution de la fonction du pharmacien et l'adaptation de sa fonction initiale, Textes adoptés, Res. AP 2 (1997); Conseil de l'Europe, A.P., Résolution ResAP(2001)2 sur le rôle du pharmacien dans le cadre de la sécurité sanitaire, Textes adoptés, Res. AP 2 (2001); Déclaration de principe, l'auto-prise en charge incluant l'automédication – Le rôle professionnel du pharmacien -, 1<sup>er</sup> septembre 1996, en ligne : Fédération internationale pharmaceutique [http://www.fip.org/www2/uploads/database\\_file.php?id=205&table\\_id=](http://www.fip.org/www2/uploads/database_file.php?id=205&table_id=).
2. Mathieu Hilgers, «Patients ou clients? Analyse anthropologique des échanges dans une pharmacie en Belgique», en ligne : (2004) n° 7 Ethnologies comparées. <http://recherche.univ-montp3.fr/mambo/cerce/>

seul, ce questionnement met à jour une ambiguïté qui s'observe de même sous l'égide de la discipline du droit : c'est qu'il soulève toute la problématique de la définition du rapport contractuel qui unit le pharmacien à son client au regard des pulsions contemporaines qui façonnent l'exercice de la profession pharmaceutique.

Devant l'ambivalence du pharmacien, un auteur observait en 1977 que celui-ci «[...] exerce une activité de type industriel et commercial, et partant, gouvernée par le principe de la liberté du commerce et de l'industrie, mais, en raison de l'incidence profonde de cette activité sur la santé publique, cette liberté se trouve très largement limitée par une réglementation abondante et minutieuse...»<sup>3</sup>. La responsabilité civile du pharmacien : voilà une matière *sui generis*, configurée en même temps par le monopole de distribution que détient la profession pharmaceutique, par les principes traditionnels du droit des obligations et les particularités d'un droit commercial évolutif. L'apparente dichotomie entre la promotion de valeurs marchandes d'un côté – qu'évoque la notion de *client* – et, de l'autre, la prestation de soins de santé – qu'évoque plutôt la notion de *patient* – exacerbe-t-elle la vulnérabilité des personnes dans l'enceinte d'une pharmacie

---

[r7/m.h.htm](#)[Hilgers].

Du côté de la sociologie, plusieurs auteurs se sont penchés sur la dynamique des professions, voir notamment l'ouvrage emblématique de Max Weber, *Économie et société*, Paris, Pocket, 1995; Jean Baudrillard, *La société de consommation : ses mythes, ses structures*, Paris, S.G.P.P., 1970 à la p.21 [Baudrillard]. pour qui le *drugstore* : «[...] réalise la synthèse des activités consommatrices, dont la moindre n'est pas le *shopping*, le flirt avec les objets, l'errance ludique et les possibilités combinatoires»; Pierre Bourdieu, *Raisons pratiques : sur la théorie de l'action*, Paris, Seuil, 1994 à la p. 209 [Bourdieu]. Voir également Léon Husson, «Les activités professionnelles et le droit» (1953-1954) 2 Archives de philosophie du droit 1 [Husson]; René Savatier, «L'origine et le développement du droit des professions libérales» (1953-1954) 2 Archives de philosophie du droit 74 [Savatier].

3. Jacques Azema, «Pharmaciens responsables et pharmaciens assistants dans les établissements de préparation et de vente en gros de médicaments» (1977) n°2841 J.C.P. éd. G. 1.



devenue presque l'archétype de la consommation contemporaine<sup>4</sup>? Pris entre l'arbre et l'écorce, le pharmacien doit-il s'imposer en tant qu'arbitre entre des intérêts économiques et la protection de la santé des personnes?

Sur le plan de la responsabilité, l'étude du rapport contractuel entre le pharmacien et ses clients/patients met à jour un étrange paradoxe. D'un côté, la population revendique une relation davantage personnalisée avec le pharmacien (que promeut la réforme actuelle du système de soins de santé à travers, par exemple, l'utilisation du vocable poreux «soins pharmaceutiques»<sup>5</sup>). De l'autre, les modes contemporains de distribution des produits de santé se nourrissent d'attitudes consuméristes ancrées dans la dépersonnalisation de ce même rapport contractuel en exaltant l'autonomie de la volonté et le respect de la vie privée. En outre, ce virage ambiant tolère dans une certaine mesure la vente de médicaments à distance par des pharmaciens – une pratique largement facilitée par Internet – ou effrite, par exemple, l'interdiction de publicité directe aux consommateurs des médicaments vendus sous ordonnance médicale<sup>6</sup>.

Ces nouveaux paramètres créent une tension sur les principes traditionnels qui posent les paramètres de la responsabilité contractuelle du pharmacien. D'abord, ils invitent à une redéfinition du contenu obligationnel du contrat au regard de l'obligation d'information dont ces derniers sont progressivement débiteurs. Pour le juriste, l'intensification d'un lien de confiance

- 
4. Voir la ludique description de Baudrillard, *supra* note 2 à la p. 21, pour qui le *drugstore* : «[...] réalise la synthèse des activités consommatrices, dont la moindre n'est pas le *shopping*, le flirt avec les objets, l'errance ludique et les possibilités combinatoires»; Bourdieu, *supra* note 2 à la p. 209.
  5. L'exercice de la pharmacie au Québec, *supra* note 1 : «L'ensemble des actes et des services que le pharmacien doit procurer à un usager dans le but de lui procurer une pharmacothérapie visant l'atteinte d'objectifs thérapeutiques de nature préventive, curative ou palliative».
  6. Voir «Politique du médicament, Document de consultation» (décembre 2004), en ligne : Ministère de la santé et des services sociaux <<http://publications.msss.gouv.qc.ca/acrobat/f/documentation/2004/04-708-04.pdf>>.

entre le professionnel et son patient se traduit généralement par une reconfiguration corollaire de l'obligation d'information, que l'on greffe traditionnellement à une prestation de soins de santé (section I). Ensuite, les modalités de l'échange commercial contemporain posent le défi de préciser la portée des obligations déontologiques qui s'imposent aux pharmaciens dans l'acte de distribution à distance de médicaments, et ce, en l'absence d'une rencontre physique ayant eu lieu avec le patient (section II). Enfin, l'étude parallèle des protections juridiques liées à l'indemnisation du préjudice corporel causé par le fait des médicaments défectueux invite à une analyse de la responsabilité du pharmacien en tant que sujet débiteur de l'obligation de qualité (section III). Ce fondement pluriel de la responsabilité contractuelle du pharmacien semble tributaire du double rôle dont il est investi au regard des médicaments vendus sous ordonnance médicale d'un côté, et, de l'autre, de ceux qui sont disponibles en vente libre.

### **1. L'évolution du rapport contractuel entre le pharmacien et ses clients**

Habilités par le *Code des professions*<sup>7</sup>, les obligations dont sont débiteurs ces professionnels de la santé sont circonscrites *in primis* par la *Loi sur la pharmacie*<sup>8</sup>, dont certaines ramifications plus techniques se prolongent à l'intérieur de règlements<sup>9</sup> et dont certains enjeux éthiques se cristallisent à l'intérieur du *Code de*

---

7. *Code des professions*, L.R.Q. c. C-26, art. 25 [Code des professions].

8. *Loi sur la pharmacie*, L.R.Q. c. P-10 [Loi sur la pharmacie].

9. Il s'agit, par exemple, du *Règlement sur la tenue des pharmacies*, c. P-10, r.20.1, qui détermine notamment les produits que peuvent vendre les pharmaciens, la délimitation physique des lieux, les règles de conservation des médicaments, d'affichage; le *Règlement sur la tenue des dossiers, livres et registres par un pharmacien dans l'exercice de sa profession*, c. P-10, r.19 [Règlement sur la tenue des dossiers, livres et registres par un pharmacien dans l'exercice de sa profession]; le *Règlement sur les conditions et modalités de vente des médicaments*, c. P-10, r.8.2 [Règlement sur les conditions et modalités de vente des médicaments]; ou le *Règlement sur l'étiquetage des médicaments et des poisons*, c. P-10, r.11 [Règlement sur l'étiquetage des médicaments et des poisons].

déontologie<sup>10</sup>. Le *Code des professions* souligne la difficulté pour les clients de porter un jugement sur les services professionnels qui leur sont fournis; faut-il rappeler que les monopoles professionnels trouvent leur justification dans cette capacité qu'ont leurs membres à réduire les asymétries contractuelles qui les séparent du grand public via la création d'un lien de confiance.

En ce sens, l'article 17 de la *Loi sur la pharmacie* énonce les conditions d'exercice de l'acte pharmaceutique<sup>11</sup>. Cette disposition générale est complétée par des dispositions réglementaires qui prévoient que le pharmacien, lorsqu'il vend des médicaments sous ordonnance ou surveillance, doit communiquer au patient les renseignements appropriés au bon usage du médicament ainsi vendu<sup>12</sup>. En outre, ce dernier prescrit que le pharmacien doit, «en plus des avis et des conseils, [...] fournir à son patient les explications nécessaires à la compréhension et à l'appréciation des services qu'il lui rend»<sup>13</sup>.

- 
10. *Code de déontologie des pharmaciens*, R.R.Q. c. P-10, r.5 [Code de déontologie]. Pour un premier dépouillement du cadre législatif, voir Yves Gariépy, *Le pharmacien et la législation pharmaceutique*, 6<sup>e</sup> éd., Mont-Royal, Modulo-Griffon, 2004.
  11. En particulier, l'art. 17, al. 1 énonce ce qui suit : «L'exercice de la pharmacie consiste à évaluer et à assurer l'usage approprié des médicaments afin notamment de détecter et de prévenir les problèmes pharmacothérapeutiques, à préparer, à conserver et à remettre des médicaments dans le but de maintenir ou de rétablir la santé» (nos italiques). Cette prescription est complétée par le *Règlement sur les conditions et modalités de vente des médicaments*, supra note 9, où l'art. 9 précise que le pharmacien qui vend un médicament inscrit à l'annexe I ou II doit constituer un dossier pour chaque patient, inscrire cette vente au dossier, effectuer une étude pharmacologique du dossier et communiquer les renseignements appropriés au bon usage de ce médicament, de même que par le *Règlement sur la tenue des dossiers, livres et registres par un pharmacien dans l'exercice de sa profession*, supra note 9.
  12. *Règlement sur les conditions et modalités de vente des médicaments*, supra note 9 à l'art. 9.
  13. *Code de déontologie*, supra note 10 à l'art. 3.03.02. La version actuelle de l'art. 38 du *Projet de code de déontologie*, supra note 1, prévoit que «Le pharmacien doit fournir à son patient les explications nécessaires à la compréhension et à l'appréciation des services pharmaceutiques qu'il lui fournit. En outre, lorsqu'il remet un médicament à son patient, il doit lui

Si la prestation comporte une ordonnance —entendue comme étant une «autorisation de fournir des médicaments...»<sup>14</sup>—, le pharmacien doit communiquer au patient l'information pertinente à son traitement, constituer ou compléter son dossier<sup>15</sup>, et procéder à une étude pharmacologique de celui-ci. Les étapes de validation générale, de validation pharmacologique et la remise au patient s'y superposent<sup>16</sup>. La première vise à vérifier le caractère complet de l'ordonnance : en référant au *Guide de pratique*, le pharmacien doit en outre s'assurer de pouvoir légalement l'exécuter<sup>17</sup>. La seconde – et la plus importante – consiste plutôt à attester de la pertinence pharmacologique de l'ordonnance au regard de la posologie, de la capacité du patient à utiliser le médicament, des effets indésirables antérieurs, des interactions potentielles avec d'autres médicaments, de l'état de grossesse ou d'allaitement de la patiente<sup>18</sup>. Quant à la troisième, elle consiste en la délivrance au patient du médicament indiqué.

---

donner les avis et conseils appropriés. Dans tous les cas, il doit s'assurer d'avoir obtenu l'information nécessaire à ces fins».

14. *Loi sur la pharmacie*, supra note 8 à l'art. 1 j).

15. *Règlement sur les conditions et modalités de vente des médicaments*, supra note 9 à l'art. 9.

16. Voir Collège des médecins du Québec, *Ordonnances de médicaments, modalités d'émission et exécution par la clientèle hors établissement*, mai 1996.

17. Ordre des pharmaciens, *Guide de pratique*, 1990.

18. Voir *Brochu c. Auger*, [1981] C.S. 971, où la Cour supérieure a retenu la responsabilité d'un pharmacien ayant effectué une ordonnance en ne respectant pas sa teneur intégrale. Le professionnel avait alors substitué le médicament prescrit par un produit contenant cinq fois la quantité de cortisone indiquée par le médecin, causant au patient une nécrose vasculaire à la hanche droite. La Cour a retenu la responsabilité du professionnel, soulignant que le pharmacien se doit d'exécuter l'ordonnance selon sa teneur intégrale, à moins qu'elle ne soit erronée. Un auteur semble considérer – à raison – qu'une telle erreur n'est pas exclusivement du ressort de l'acte de substitution en lui-même, mais qu'elle constitue plus généralement une faute professionnelle du pharmacien dans l'acte de délivrance : voir Cécile Beaudoin, *L'acte de substitution dans le droit pharmaceutique québécois et la responsabilité du pharmacien*, essai de maîtrise, Université de Sherbrooke, 1997 [non publié] [Beaudoin]; Jean-Pierre Ménard et Denise Martin, *La responsabilité médicale pour la faute d'autrui*, Cowansville, Yvon Blais, 1992 à la p. 110 [Ménard-Martin].

Cette dernière étape comporte un devoir d'information nécessaire à l'observance du traitement prescrit : soit le régime posologique, le mode d'utilisation, les effets attendus, les modalités de renouvellement de l'ordonnance.

Au regard des médicaments distribués en vente libre, en revanche, le pharmacien ne doit que prendre les mesures nécessaires afin de s'assurer que l'information concernant les précautions et les contre-indications relatives à l'usage de ce médicament soient fournies au client<sup>19</sup>. Précisons que cette obligation est distincte de celle du fabricant<sup>20</sup>.

À la lumière de ce cadre juridique, force est d'observer que l'obligation d'information procède d'un double fondement juridique. Elle vise à assurer le respect de l'intégrité de la personne humaine tout en s'inscrivant dans un plus vaste projet de détection et de prévention des problèmes pharmacothérapeuthiques (section 1.1). En l'absence d'un bassin jurisprudentiel permettant de fixer les balises de cette obligation, un regard croisé sur l'expérience franco-américaine permet peut-être d'anticiper son intensité et son étendue (section 1.2).

### **1.1 Vers un élargissement des obligations contractuelles du pharmacien?**

Deux facteurs permettent de conclure à un élargissement du cercle des obligations contractuelles unissant le pharmacien à son client/patient. Le premier procède de l'émergence d'une sorte d'obligation mixte d'information et de sécurité qui découlerait de

---

19. *Règlement sur les conditions et modalités de vente des médicaments*, *supra* note 9 à l'art. 10.

20. Voir à ce chapitre le *Règlement sur l'étiquetage des médicaments et des poisons*, *supra* note 9, ou la *Loi sur les aliments et drogues*, L.R.C. 1985, c. F-27. En doctrine, voir Pierre Jr. Legrand, «Pour une théorie de l'obligation de renseignement du fabricant en droit civil canadien» (1981) 26 McGill L. J. 207; Thérèse Leroux et Michelle Giroux, «La protection du public et les médicaments : les obligations du fabricant» (1993) 24 R.G.D. 309 [Leroux-Giroux]; Mathieu Gagné, *Le droit des médicaments*, Cowansville, Yvon Blais, 2005 [Gagné].

l'application conjuguée du cadre législatif particulier ci-avant évoqué, de la théorie générale du droit des obligations<sup>21</sup> et de la *Charte québécoise des droits et libertés de la personne*. Cette obligation hybride puiserait sa source de la nécessité de protéger le patient contre lui-même, des tiers, ou contre certains effets néfastes causés par les médicaments. Ses ramifications s'observent à travers la jurisprudence québécoise, qui, à ce jour, semble canalisée dans l'obligation de ne pas faire montre de négligence dans la prestation de soins de santé (sous section 1.1.1.). Quant au second facteur, il naît du constat de l'accroissement du rôle des pharmaciens à l'intérieur du système québécois de soins de santé. Au moins deux aspects de l'activité pharmaceutique matérialisent cette nouvelle configuration de la profession : soit la légalisation de l'acte de substitution (lequel permet la permutation d'un médicament non générique indiqué dans l'ordonnance par un médicament générique) ou, plus récemment, l'intervention contraceptive d'urgence<sup>22</sup>. Ces deux actes illustrent en définitive l'érosion du principe voulant que le pharmacien doive s'abstenir de poser un diagnostic médical<sup>23</sup> (sous section 1.1.2.).

#### **1.1.1 L'exercice non négligent de la prestation professionnelle**

Il y a quelques années, des études scientifiques américaines ont permis de dévoiler un nombre élevé d'accidents iatrogènes causés par les médicaments, dont plusieurs sont liés à la prescription, la distribution et la gestion des produits

---

21. Art. 1375, 1386 et 1434 C.c.Q. conjugués.

22. Les art. 17 et 21 de la *Loi sur la pharmacie*, *supra* note 8 déterminent respectivement le domaine des activités réservées, dont la contraception d'urgence, de même que l'exécution de l'ordonnance et la substitution de médicaments ayant une même dénomination commune; par analogie, en France, voir l'art. L. 5121-1 du *Code de santé publique*. Dans certains États, la substitution est par ailleurs obligatoire en vertu du service national de soins de santé : voir le décret du président de la république italienne n° 371/1998 et la loi 405/2001.

23. Voir à ce sujet *Code de déontologie*, *supra* note 10 à l'art. 4.01.01 s).

pharmaceutiques<sup>24</sup>. Ces données factuelles mettent en lumière l'urgent besoin de renforcer la gouvernance de la sécurité des médicaments; à cet égard, le rôle du pharmacien se révèle prépondérant dans le contexte de l'exécution de l'ordonnance rédigée par un médecin. L'obligation de sécurité – ou de «surveillance», avec le professeur Crépeau<sup>25</sup> – émerge notamment du devoir du pharmacien de s'assurer de la teneur de la prescription en cas de doute<sup>26</sup>, et vise surtout à prévenir les effets néfastes nés de la juxtaposition de différentes thérapies pharmacologiques. Elle consiste généralement en un devoir *ex ante* de prévention des potentiels préjudices corporels, et a comme corollaire la possibilité qui s'offre au pharmacien de refuser d'exécuter une ordonnance s'il a des motifs raisonnables de croire qu'il y va de l'intérêt du patient<sup>27</sup>.

L'absence d'un bassin jurisprudentiel émanant du domaine de la responsabilité civile qui permettrait de mieux circonscrire les paramètres de la faute invite, sur le plan méthodologique, à l'étude des sanctions liées au non-respect d'obligations déontologiques. Par exemple, la responsabilité disciplinaire d'un pharmacien a été engagée après qu'il eût omis de délivrer au patient le traitement adéquat d'un choc anaphylactique causé par une piqure d'insecte<sup>28</sup>. Consulté d'urgence, le médecin lui avait alors prescrit au préalable deux antihistaminiques et la trousse d'urgence

- 
24. À ce sujet, voir Jerry Phillips et al, «Retrospective Analysis of Mortalities Associated with Medication Errors» (2001) 58, 19 American Journal of Health-System Pharmacy 1835; Lucian Leape et al., «System Analysis of Adverse Drug Event» (1995) 274 Journal of American Medical Association 35. Plus généralement, consulter le fameux rapport publié par l'Institute of Medicine, *To Err Is Human: Building a safer health system*, 1999.
  25. Voir Paul-André Crépeau, *L'intensité de l'obligation juridique ou des obligations de diligence, de résultat et de garantie*, Cowansville, Yvon Blais, 1989 à la p. 55.
  26. *Code de déontologie*, supra note 10 à l'art. 3.03.01.
  27. *Ibid.* à l'art. 3.05.03. Voir par analogie le *California Business and Professions Code*, art 4052.
  28. *Pharmaciens (Ordre professionnel des) c. Lord*, [1999] D.D.O.P. 207 (C.D. Pha.) [Lord 1999] et [2000] D.D.O.P. 328 (T.P.) [Lord 2000]; requête en révision judiciaire rejetée (*Lord c. Tribunal des professions*, J.E. 2000-1394 (C.S.); désistement d'appel (C.A. du 2001-01-03 no. 200-09-003230-007); sanction du Comité de discipline imposée le 2000-21-12, n° 30-97-01380.

*Anakit*. C'est muni de son ordonnance que le patient se rendit le lendemain chez le pharmacien où, dans un contexte pour le moins nébuleux, ce dernier lui dispensa les deux antihistaminiques sans lui remettre la trousse de secours. À cette occasion, il lui vendit également un produit homéopathique nommé *Apis Mellifica*.

La plainte disciplinaire formulée par l'Ordre des pharmaciens du Québec (ci-après «OPQ») reprochait à l'intimé d'avoir fait preuve de négligence dans l'exercice de sa profession en remettant au client un produit différent de celui indiqué dans l'ordonnance sans s'enquérir davantage du mode de vie du patient, alors même que celui-ci était appelé à travailler en plein air, loin des hôpitaux<sup>29</sup>. Le Comité de discipline a acquitté l'intimé, jugeant que ce dernier n'avait effectué aucun acte de substitution illégal en l'absence de preuve permettant d'étayer une telle conclusion<sup>30</sup>. Par contraste, toutefois, le Tribunal des professions conclut plutôt à une «grande négligence de sa part»<sup>31</sup> sanctionnant la conduite du professionnel sur la base du non-respect de l'obligation d'information ancrée à l'article 3.02.03 du *Code de déontologie*. Qualifiant même de laxiste l'attitude du pharmacien incriminé, le Tribunal statue ce qui suit : «L'intimé a manqué dangereusement à son devoir de renseignement en limitant comme il l'a fait son action professionnelle»<sup>32</sup>. Dès lors, la faute qui lui était reprochée devenait celle d'avoir omis d'informer le client

---

29. *Code de déontologie*, *supra* note 10 à l'art. 4.01.01. En France : Angers, 12 mai 1955, *JCP II*. 1995. n° 8948 où la responsabilité du pharmacien fut retenue après qu'il eût vendu une quantité excessive de quinine, provoquant la mort d'un enfant.

30. Le Comité convient néanmoins que : «La cueillette d'information de l'intimé aurait pu être meilleure, plus complète, et son intervention auprès du client plus résolue [...]» *Lord 1999*, *supra* note 28 à la p. 26.

31. Le Tribunal ajoute dans *Lord 2000*, *supra* note 28 à la p. 20 : «*Trop d'indices étaient alors présents, [...] pour ne pas avoir réalisé la gravité du cas par cas et avoir renseigné adéquatement celui qui avait recours à ses services, quelques heures à peine après avoir reçu en urgence les premiers soins à l'hôpital suite à un choc allergique*» [nos italiques].

32. *Ibid.* à la p. 20.



des conséquences possibles du défaut d'avoir dispensé les médicaments indiqués à l'ordonnance<sup>33</sup>.

De même, une pharmacienne a été reconnue coupable d'avoir commis une négligence dans l'exercice de sa profession lors de l'exécution d'une ordonnance prescrivant du Ritonavir à une posologie de 200 mg deux fois par jour, en l'exécutant plutôt comme suit : Norvir 80 mg/ml à une posologie de 12.5 ml deux fois par jour, soit une dose dix fois plus élevée que celle indiquée par le médecin traitant<sup>34</sup>. Devant le Comité de discipline, l'intimée invoque une erreur de l'information générée par son système informatique. De fait, elle a eu des doutes quant à la concentration du produit, mais elle s'est toutefois contentée de laisser le soin à un collègue d'effectuer la vérification le lendemain en lui laissant une note. Le Comité a conclu à une attitude négligente de la pharmacienne<sup>35</sup>.

---

33. De même signalons l'affaire *Comité-pharmaciens-1*, [1988] D.D.C.P. 233, où le Comité de discipline conclut que le pharmacien doit faire davantage que de vérifier l'authenticité de l'ordonnance et celle du médecin s'il a des motifs de croire que le patient peut en souffrir préjudice ou si les circonstances semblent suspectes.

34. *Pharmaciens (Ordre professionnel des) c. Provost* (25 octobre 2001) 30-01-01448 (C.D.). Voir dans le même sens les décisions suivantes non publiées, citées par la plaignante. *Côté c. Tran* (18 janvier 2001) 30-00-01418 (C.D.); *Côté c. Bisailon*, (22 juin 1999 et 13 octobre 1999) 30-98-01408 (C.D.). Selon le Comité : «Lorsqu'une erreur survient dans l'exécution d'une ordonnance, le Comité recherche ses causes et son origine; s'il apparaît que l'acte professionnel du pharmacien a été posé dans des conditions qui n'assurent pas la sécurité requise, s'il apparaît que les critères élevés de diligence et de vigilance qui sont ceux de cette profession n'ont pas été respectés, le Comité conclut à la négligence et impute cette négligence à son auteur». Plusieurs sanctions du Comité de discipline condamnent la négligence dans la distribution du médicament ou de la posologie erronés; voir parmi le vaste nombre d'arrêts à ce sujet : *Côté c. Barber* (20 avril 1999) 30-98-01394 (C.D.); *Lacasse c. Éthier* (14 juin 2001) 30-01-01446 (C.D.); *Normandin c. Deschamps* (10 décembre 1998) 30-98-01396 (C.D.); *Côté c. Wang* (30 avril 1998) 30-98-01388 (C.D.); *Lacasse c. Mathieu*, (26 juillet 2001 et le 12 février 2002) 30-00-01444 (C.D.); *Lacasse c. Bilodeau* (4 septembre 2002 et le 22 novembre) 30-01-01456 (C.D.); *Côté c. Paré* (20 août 1999 et le 19 octobre 1999) 30-99-01410 (C.D.).

35. «L'intimée aurait pu également laisser l'entière responsabilité de l'acte au pharmacien qui, ayant reçu le produit, serait en mesure d'exécuter

Ces affaires illustrent un parcours déontologique qui prend naissance dans l'obligation de diligence des pharmaciens, et qui se prolonge dans l'idée de prévenir les atteintes à la sécurité des personnes. Il en est de même quant à l'acte de substitution et la thérapie contraceptive d'urgence.

### **1.1.2 De l'acte de substitution à la thérapie contraceptive d'urgence**

L'acte de substitution est défini à l'article 21 de la *Loi sur la pharmacie*. Il prévoit ce qui suit : «Un pharmacien doit exécuter une ordonnance suivant sa teneur intégrale. Il *peut* toutefois, pourvu qu'il en avise le client et qu'il l'inscrive à son dossier, *substituer au médicament prescrit un médicament dont la dénomination commune est la même, à moins d'indication contraire formulée de sa main* par l'auteur de l'ordonnance» [nos italiques]. En ce cas, le pharmacien doit aviser le patient – ou toute personne qui en a la charge – de tout acte de substitution concernant le contenu de l'ordonnance. Il doit de plus indiquer au dossier pharmaceutique du patient la substitution effectuée. De l'opinion de l'OPQ et en cas de nécessité, cette inscription doit prendre la forme d'une note d'évolution justifiant la décision du pharmacien et évoquant, le cas échéant, la discussion avec le prescripteur ou le patient lui-même.

À la différence de certains autres ordres juridiques, ce texte ne définit pas la notion «d'équivalence pharmaceutique», laquelle émane davantage de notions scientifiques<sup>36</sup>. Or une auteure

---

l'ordonnance. Elle n'aurait certes pas dû imprimer des étiquettes qui, peu importe la concentration qu'elle croyait la bonne ou la véritable concentration du Norvir, étaient inexactes et risquaient fort d'être apposées telles quelles sur le produit lors de sa livraison» : *Pharmaciens (Ordre professionnel des) c. Provost, ibid.* au para. 44.

36. Sur ce thème, voir surtout Beaudoin, *supra* note 18. Voir aussi Ordre des pharmaciens du Québec, *Guide sur la substitution en pharmacie*, Montréal, 1994, qui définit l'acte de substitution comme étant «[...] l'exécution d'une ordonnance en utilisant un produit pharmaceutique dont le nom commercial est différent de celui prescrit mais dont la dénomination

souligne l'importance de distinguer entre les définitions scientifiques et légales de l'équivalence pharmaceutique, que l'on associe tour à tour (et parfois à tort) aux concepts de «bioéquivalence» et de «dénomination commune»<sup>37</sup>. Succinctement, elle observe que les critères normatifs sous-jacents à l'acte de substitution ne sont pas garants de l'interchangeabilité du médicament<sup>38</sup>. Et de s'interroger devant ce constat : «Le législateur se montre-t-il (sic) finalement plus téméraire que le pharmacien qui s'avère plus respectueux à l'égard d'un acte dont les conséquences ne lui sont pas toutes connues?»<sup>39</sup>. Sans y répondre, rappelons pour l'heure que l'exercice de ce pouvoir discrétionnaire a comme corollaire le respect d'une véritable obligation d'information au patient qui constitue le prolongement du principe plus général de l'inviolabilité de la personne déjà évoqué<sup>40</sup>, lequel se cristallise dans la prérogative des patients à refuser l'acte de substitution pour privilégier le respect de la teneur intégrale de la prescription.

Par ailleurs et depuis 2002, le pharmacien peut prescrire lui-même un médicament destiné à des fins de contraception orale d'urgence et l'exécuter<sup>41</sup>, s'il détient l'attestation de formation professionnelle requise à cet effet. Appréhendée du point de vue de l'individu, la contraception orale d'urgence est une pratique qui participe à la fois de la prestation de soins de santé et de l'expression de choix de procréation, dans la mesure où il est ardu de déterminer si un tel traitement pharmaceutique interrompt une

---

commune est la même.» (p. 6); Ménard-Martin, *supra* note 18 aux pp. 107 et suiv.

37. Beaudoin, *supra* note 18 aux pp. 2 et suiv. D'un point de vue scientifique, elle souligne à la p. 8 que «[...] deux produits peuvent être des équivalents pharmaceutiques, prouvés bioéquivalents mais ils ne sont pas des équivalents thérapeutiques puisqu'ils peuvent, de par leurs ingrédients inertes, causer des maladies.». Les tristes événements relatés par Brian L. Strom, «Generic drug substitution revisited» (1987) 316 New Eng. J. Med. 1456, cité par la même auteure, p. 7, témoignent des conséquences désastreuses découlant de la matérialisation de ce risque.

38. Beaudoin, *supra* note 18 à la p. 10.

39. *Ibid.*

40. *Loi sur la pharmacie*, *supra* note 8 à l'art. 21 et l'art. 3 C.c.Q.

41. *Ibid.* à l'art. 17, al. 2, par. 6.

grossesse ou la prévient<sup>42</sup>. Moins perméable aux passions qui nourrissent le débat bioéthique américain<sup>43</sup>, c'est dans le but non équivoque de diminuer le nombre de grossesses non planifiées et d'éviter le recours à l'avortement que le gouvernement du Québec, le Collège des médecins et l'OPQ ont jugé bon de faciliter l'accès à la contraception d'urgence en la rendant disponible en pharmacie<sup>44</sup>. Bien que ce traitement ne s'avère pas

---

42. Voir généralement Christie A. Sherman, «Emergency contraception : the Politics of Post-coital contraception» (2005) 61 *Journal of Social Issues* 139.

43. Aux États-Unis, le débat se résout tant bien que mal dans la possibilité qui s'offre au pharmacien de soulever une objection de conscience basée sur ses convictions personnelles. À ce sujet, voir les perplexités exprimées par Julie Cantor et Ken Baum, «The limits of conscientious objection – may pharmacists refuse to fill prescriptions for emergency contraception?» (2004) 351 *New England Journal of Medicine* 2008; et la discussion ultérieure publiée à : «Pharmacists and Emergency Contraception» (2005) 352 *New England Journal of Medicine* 942.

La position de l'ASHP est la suivante : American Society of Health-System Pharmacist, «Conscientious objection by pharmacists to morally, religiously, or ethically troubling therapies» dans *Best practices for hospitals and health-system pharmacy: positions & guidance documents of the ASHP*, Bethesda, Md., 2004-2005 : «ASHP recognizes a pharmacist's right to conscientious objection to morally, religiously, or ethically troubling therapies and supports the establishment of systems that protect the patient's right to obtain legally prescribed and medically indicated treatments while reasonably accommodating the pharmacist's right of conscientious objection» [nous soulignons]; L'État de Washington impose aux hôpitaux – même confessionaux – de rendre accessible la contraception d'urgence aux victimes de viol : le *Wash Rev Code* (ARCW), section 70.41.350 (2004). Au Québec, voir l'art. 26 du projet de *Code de déontologie des pharmaciens* : «Le pharmacien doit informer son patient lorsque ses convictions personnelles peuvent l'empêcher de lui recommander ou de lui fournir des services pharmaceutiques qui pourraient être appropriés, et l'aviser des conséquences possibles de l'absence de tels services. Il doit alors offrir au patient de l'aider dans la recherche d'un autre pharmacien» [nos italiques].

44. *Loi sur la pharmacie*, supra note 8 à l'art. 17, par. 6, autorisant un acte réservé à la profession médicale, art. 31 de la *Loi médicale*, L.R.Q. c. M-9 tel qu'amendée par le *Règlement sur les actes visés à l'article 31 de la Loi médicale qui peuvent être posés par des classes de personnes autres que les médecins*, R.Q. c. M-9, r.1.1. Cet acte doit être effectué dans le respect des prescriptions du *Code civil* visant le consentement aux soins et de la *Loi sur la protection de la jeunesse*, L.R.Q. c. P-34.1, où les art. 38 et 39 imposent au pharmacien de signaler au Directeur de la protection de la jeunesse

particulièrement risqué pour la santé des femmes, il n'en reste pas moins que le pharmacien doit tout de même s'assurer que la patiente ne présente pas certaines pathologies ou qu'elle ne soit pas déjà enceinte avant d'agréer sa demande. Dans cette optique, la communication entre le professionnel et sa patiente revêt un caractère primordial.

À ces pouvoirs discrétionnaires étendus pourrait-on encore ajouter le modèle du soin pharmaceutique déjà évoqué, lequel, à l'instar de l'expérience américaine<sup>45</sup>, prévoit que le pharmacien peut «initier ou ajuster, selon une ordonnance, la thérapie médicamenteuse en recourant le cas échéant, aux analyses de laboratoire appropriées»<sup>46</sup>. Ces exemples suggèrent que le rôle dévolu aux pharmaciens par le législateur québécois engendre une responsabilité civile revisitée à l'intérieur de l'ordre juridique québécois. En outre, la reconnaissance de l'obligation d'information qui émerge d'une lecture conjuguée des dispositions pertinentes du *Code civil*<sup>47</sup>, de l'article précité de la loi médicale et de l'article 3.02.02 du *Code de déontologie des pharmaciens* se juxtaposerait aux autres mécanismes d'indemnisation du préjudice corporel subi par les victimes<sup>48</sup>. Les paramètres de cette

---

(DPJ) toute situation à l'égard de laquelle il a un motif raisonnable de croire que la sécurité ou le développement de l'enfant est compromis.

45. Le modèle proposé aux États-Unis est celui du *Collaborative Drug Therapy*, lequel permet au pharmacien d'effectuer le suivi d'une thérapie, de l'interrompre ou de demander de nouvelles analyses. Ceci, en vertu, par exemple, du *Wash. Rev. Code Ann.* 18.64.011, *Wash. Admin. Code*, 246-863-100. À ce propos, voir Jannet M. Carmichael et Janice A. Cichowlas «The Changing Role of Pharmacy Practice – A Clinical Perspective» (2001) 10 *Annals Health L.* 179; Robert A. Buerki et Louis D. Vottero, «Ethical Responsibility in Pharmacy Practice» (1994) *American Institute of the History of Pharmacy* 7 [Buerki et Vottero]; Roseann B. Termini, «The Pharmacist Duty to Warn Revisited: The Changing Role of Pharmacy in Health Care and the Resultant Impact on the Obligation of a Pharmacist to Warn» (1998) *Ohio N.U.L. Rev* 55.
46. *Loi sur la pharmacie*, *supra* note 8 à l'art. 16, al. 2, par. 6.
47. Art. 1434 et 2100, 2102 C.c.Q. : voir notamment, quant à l'étendue du contrat de service, Jacques Deslauriers, *Vente, louage, contrat d'entreprise ou de service*, Montréal, Wilson & Lafleur, 2005 aux pp. 576 et suiv.
48. Voir Nicole L'Heureux, *Droit de la consommation*, 5<sup>ème</sup> éd., Cowansville, Yvon Blais, 2001 [L'Heureux].

responsabilité pourraient éventuellement varier en fonction de l'équipement technologique dont dispose le pharmacien, et du risque que présente généralement le produit.

Pour l'heure, l'analyse de la jurisprudence québécoise ne permet pas encore de conclure que le pharmacien soit débiteur d'une obligation d'information majorée dans l'acte de dispensation<sup>49</sup>. Néanmoins, une telle conclusion pourrait s'éroder au gré de l'essor des normes de droit positif encadrant l'activité professionnelle, de l'évolution de la profession pharmaceutique, des attentes des consommateurs et des politiques publiques plus générales liées aux soins de santé. À cet égard, une analyse de la jurisprudence américaine et française offre quelques pistes fertiles de réflexion.

## **1.2 Quelques perspectives comparées : l'expérience franco-américaine**

En parallèle à l'accroissement des fonctions du pharmacien, se sont visiblement développés aux États-Unis certains principes de responsabilité civile qui s'articulent autour de l'obligation d'information (*duty to warn*). Ce faisant, ceux-ci édulcorent la théorie de l'intermédiaire compétent – la *learned intermediary*

---

49. Voir généralement Jean-Louis Baudouin et Patrice Deslauriers, *La responsabilité civile*, 6<sup>e</sup> éd., Cowansville, Yvon Blais, 2003 à la p. 1006 [Baudouin et Deslauriers]. Sur la distinction entre l'erreur et la négligence, voir *Ordre des pharmaciens c. Juneau* (20 décembre 2004 et 26 mai 2005), 30-04-01502, où un pharmacien n'a pas exécuté l'ordonnance suivant sa teneur intégrale; de même que les affaires analogues *Normandin c. Deschamps* (10 décembre 1998), 30-98-01396; *Normandin c. Murphy* (17 février 1995) 30-94-01209; *Côté c. Xiang-Yang Wang* (30 avril 1998), 30-98-01388; *Lacasse c. Mihail Soltan* (27 juin 2003), 30-02-01460; *Lacasse c. Bilodeau* (4 septembre 2002), 30-01-01456 ou encore, *Lacasse c. Mathieu* (26 juillet 2001 et 7 novembre 2001), 30-00-01444 : «L'erreur du professionnel est rarement commise de mauvaise foi ou avec une intention malicieuse. Elle est cependant fautive lorsqu'elle provient de faits et d'événements qui auraient dû être prévenus par la mise en application de protocoles, mesures et procédures qui sont ceux et celles de la profession et qui sont appliqués par des membres prudents et diligents. Il en est ainsi de la validation générale d'une ordonnance, comme première étape de son exécution.» [nos italiques].

*doctrine* – issue de la *common law*; rappelons que cette théorie postule que le médecin est l'unique prestataire de soins de santé vraiment qualifié pour apprécier la condition physique du patient et lui prescrire la thérapie pharmacologique appropriée. Parce que cette théorie repose au surplus sur l'idée que le fabricant est le seul acteur véritablement capable de prévenir les risques; elle cristallise en réalité un compromis entre les intérêts commerciaux des compagnies pharmaceutiques, les bénéfices potentiels de la recherche scientifique et la protection de la santé via l'indemnisation du préjudice corporel<sup>50</sup>.

Pourtant développée à l'intérieur de la relation triangulaire entre le patient, le médecin et le fabricant, elle a été récupérée par les tribunaux pour occulter le fait du pharmacien afin d'imputer une faute soit au médecin, soit aux fabricants eux-mêmes, conférant au premier une forme d'immunité civile *de facto*. Elle suggère que l'idée de reconnaître une certaine discrétion aux pharmaciens quant à l'acte pharmaceutique équivaldrait à leur permettre d'exercer illégalement la profession médicale : elle réitère implicitement (et souvent à tort) le rôle passif du pharmacien. Même si, dans l'appréciation de la faute professionnelle, les différents États cherchent tous à maintenir un équilibre entre le monopole que détient l'ordre professionnel et la protection du public, plusieurs d'entre eux n'admettent pas encore que le pharmacien dispose d'une certaine latitude dans l'exercice de ses fonctions<sup>51</sup>, ni même qu'il doive informer le patient d'un

---

50. Voir Steven W. Huang, «The Omnibus Reconciliation Act of 1990: Redefining Pharmacist's Legal Responsibility» (1998) 24 American Journal of Law and Medicine 417; Karina Fox, «A Weighty Issue: Will Pharmacists Survive the Fen-Phen Fedding Frenzy?: Kohl v. American Home Products Corporation and the Pharmacist' Duty to Warn of the Dangers of Prescription Drugs» (2001) B.Y.U.L. Rev. 1349; Chester Chuang, «Is There a Doctor in the House? Using Failure to Warn Liability to Enhance the Safety of Online Prescribing» (2000) 75, number 5 New York University Law Review 1452 à la p. 1467. En jurisprudence, voir *Lesley v. West*, 518 N.E. 2d 758 (Ill. Ct. App. 1998); *Laws v. Johnson*, 799 S.W. 2d 249 (Tenn. Ct. App. 1990); *Reyes v. Wyeth Lab.*, 498 F. 2d 1264 (5<sup>th</sup> Cir. 1974) et *Coyle v. Richardson Merrell Inc.*, 584 A. 2d 1383 (Pa. 1991).

51. Certaines dispositions maintiennent l'approche traditionnelle : *Cfr. Tenn. Cod Ann.* 63-10-207(1) : «All prescriptions shall be filled in strict conformity

potentiel de risque pour sa santé ou de la présence d'effets secondaires<sup>52</sup>, sauf si la prescription est manifestement erronée<sup>53</sup>. En ce sens, la Cour d'appel de l'Illinois statuait, en 1993, ce qui suit : «To impose a duty to warn on the pharmacist would be to place the pharmacist in the middle of the doctor-patient relationship, without the physician's knowledge of the patient [...]»<sup>54</sup>. C'est dire qu'en agissant en conformité avec l'ordonnance, donc, le pharmacien jouirait d'une immunité juridique.

---

with any directions of the prescribing physician [...] as are contained on the prescriptions» et *l'Indiana Code* (1993), dont les sections 25, 26, 13 et 16(b)(3) prévoient l'immunité pénale et civile du pharmacien qui, de bonne foi, refuse d'honorer une prescription qui pourrait porter atteinte à la santé ou à la sécurité du patient. En jurisprudence, voir *Hooks SuperX v. McLaughlin*, 642 N. E. 2d 514 (Ind. 1994), commentée par Bill Hotopp, «Hook's SuperX v. McLaughlin: Pharmacists' Duty Toward Their Patients» (1997) 6 J. Pharmacy & L. 35.

52. Par exemple *Adkins v. Mong*, 425 N.W. 2d 151 (Mich. Ct. App. 1988), où la Cour s'est refusée de reconnaître un devoir d'agir en présence d'une prescription valide : dans le même sens, voir également *Stebbins v. Concord Wrigley Drugs Inc.*, 416 N.W. 2d 381 (Mich. Ct. App. 1987); *Kintigh v. Abbott Pharmacy*, 503 N.W. 2d 657 (Mich. Ct. App. 1993); *Pysz v. Henry's Drug Store*, 457 So. 2d 561 (Fla. Dist. Ct. App. 1984); *Jones v. Irving*, 602 F. Supp. 399 (S.D. Ill. 1985); *Elridge v. Eli Lilly & Co.*, 485 N.E. 2d 551 (Ill. App. Ct. 1985) et les autres décisions signalées par Jill Casson Owen, «The Pharmacist's Duty to Warn: Lasley v. Shrake's Country Club» (1995) 37 Ariz. L. Rev. 677 à la p. 769 et Paul R. Asbury, «Pharmacist Liability: The Doors of Litigation are Opening» (2000) 40 Santa Clara L. Rev. 907.
53. Voir *Kampe v. Howard Stark Prof'l Pharmacy Inc*, 841 S.W. 2d 223 (Mo. Ct. App. 1992) [*Kampe v. Howard Stark Prof'l Pharmacy Inc*].
54. Voir *Fakhouri v. Taylor*, 618 N.E. 2d 518 (Ill. Court of Appeal 1993). Dans le même sens: voir *Happel v. Wal-Mart Stores, Inc.*, 316 Ill. App. 3d 621 (2000); *Mc Kee vs. American Home Products Corp.*, 782 P. 2d 1045 (Wash. Sup. Court 1989), cas où fut nié à la victime le droit à l'indemnisation sur la base de l'absence d'un devoir d'informer le patient des risques de dépendance d'un réducteur d'appétit. En droit anglais, voir Pamela R. Ferguson, «Liability for Pharmaceutical Products: A Critique of the «Learned Intermediary» Rule» (1992) 12 Oxford J. Legal Stud. 68 et Sue Sharpe, «The Pharmacist and Supply of Medicine» dans John O'Grady et al, dir., *Medicines, Medical Devices and the Law*, Londres, GMM, 1999 68. Au Québec, voir sur le sujet Leroux-Giroux, *supra* note 20 à la p. 335, selon qui «il y aurait donc au Québec reconnaissance de principes similaires à la doctrine de l'intermédiaire compétent, sans nécessité d'y référer expressément».



Une autre célèbre décision rendue par la Cour d'appel du Texas illustre l'incidence de la théorie de l'intermédiaire compétent sur la détermination de la faute du pharmacien dans une affaire impliquant la mort d'un patient causée par les effets secondaires du Desipramine, un médicament utilisé pour réduire l'hyperactivité<sup>55</sup>. À cette occasion, l'indemnisation du préjudice souffert fut réclamée par les parents de l'adolescent, qui alléguèrent que le pharmacien aurait dû les informer des importants effets secondaires provoqués par le médicament. Bien que la Cour – renversant au passage le jugement de première instance –, souligne en *obiter dictum* le rôle vital des pharmaciens dans la prestation des soins de santé<sup>56</sup>, elle s'autorise néanmoins de la fameuse théorie de l'intermédiaire compétent pour conclure à l'absence de faute du pharmacien.

En revanche, d'autres décisions américaines ont conclu à l'existence d'une obligation d'information, bien qu'elles n'annoncent pas, en raison de leur caractère somme toute isolé, l'essoufflement du principe de non-imputabilité cristallisé par la jurisprudence. Dans une première affaire où le préjudice corporel fut causé par un cumul d'alcool et de médicaments, la responsabilité du pharmacien a été retenue sur la base d'une obligation fiduciaire dont serait débiteur le professionnel à l'endroit du patient, d'une intensité suffisante pour faire naître une obligation d'information particulière envers lui<sup>57</sup>. Dans un

---

55. Voir *Morgan v. Wal-Mart Stores inc.*, 30 S.W. 3d 455 (Tex. App. Austin 2000).

56. *Ibid.* au par. 45. Selon la Cour : «We understand that modern pharmacies employ advanced computer systems that can analyze drug interactions in seconds, thus preventing the sale of potentially fatal drugs to consumers, and we encourage the use of such systems. Nonetheless, in light of the learned intermediary doctrine, which we find applicable to the relationship among physician, patient, and pharmacist, we hold that pharmacists have no generalized duty to warn patients of potential adverse reactions to prescription drugs absent some special circumstances not present here.» (Juge Patterson, [nos italiques]; *Contra: Baker v. Arbor Drugs Inc.*, 544 N.W. 2d 1129 (Mich. Ct. App. 1996). En doctrine, voir sur ce thème Ivelisse Cruz, «The Pharmacist and Patient Counseling: Models for Imposing Liability» (1995) 4 J. Pharmacy & L. 237.

57. *Hand v. Krakowski*, 453 N.Y.S. 2d 121 (N.Y. App. Div. 1982).

second cas où tant le médecin que le pharmacien avaient omis d'indiquer la posologie maximale, la Cour conclut, devant la preuve qu'une dose exagérée de médicaments avait provoqué un préjudice corporel permanent :

*In the instant case the pharmacy had a legal duty to exercise due care and diligence in the performance of its professional duties. [...] Morgan Pharmacy breached that duty by failing to warn the patient or notify the prescribing physician of the obvious inadequacies appearing on the face of the prescription which created a substantial risk of serious harm to the plaintiff.*<sup>58</sup>

Dans la foulée de cette décision, d'autres tribunaux ont étendu la responsabilité du pharmacien pour le préjudice résultant de la consommation de médicaments incompatibles entre eux, ou en présence d'effets secondaires importants<sup>59</sup>. Au Missouri, par exemple, le cas d'un patient décédé après avoir absorbé une combinaison hautement toxique de médicaments a abouti devant les tribunaux<sup>60</sup>. À la fois inquiet devant l'irrégularité de la prescription et conscient des risques encourus par le patient, le pharmacien a pris l'initiative d'informer le médecin de

---

58. *Riff v. Morgan Pharmacy*, 508 A 2d 1247 (Pa. uper. Ct. 1986) à la p. 1252.

59. Voir par exemple *Lasley v. Shrake's Country Club Pharmacy*, 880 P. 2d 1129 (Ariz. Ct. App. 1994) [*Lasley v. Shrake's Country Club Pharmacy*]; *Dooley v. Everett*, 805 S.W. 2d 380 (Tenn. Ct. App. 1991).

60. *Horner v. Spalitto*, 1 S.W. 3d 519 (Mo. Ct. App. 1999) [*Horner v. Spalitto*], commentée par Michele L. Hornish, «Just what the Doctor-Or Was It?: Missouri Pharmacist's Duty of Care in the 21<sup>st</sup> Century» (2000) 65 Mo. L. Rev. 1075; et renversant l'affaire *Kampe v. Howard Stark Prof'l Pharmacy Inc*, supra note 53. Voir également *Cafarella et al. v. Brockton Oaks CVS, Inc*, 5 Mass. L. Rep. 257 (1996); 1996 Mass. Super. Lexis 421, où une fillette est décédée des suites d'une crise d'asthme aiguë causée par un excès de médication. La Cour statue : «The CVS conduct of overriding the computer warning system for insurance payment purposes in order to provide refills earlier than prescribed may have been an unfair practice by creating dangerous conditions which can potentially cause substantial injury to consumers» (p. 30). Par ailleurs, la Cour suprême de l'Indiana a développé des critères qui permettent de constater (ou pas) l'existence d'une obligation d'information : seront notamment pris en compte la nature de la relation entre les parties et la prévisibilité du dommage : voir *Webb v. Jarvis*, 575 N.E. 2d 992 (Ind. Sup. Ct. 1992).

l'imminence du danger; ce dernier lui ayant confirmé l'exactitude du traitement. La Cour d'appel a affirmé l'existence d'un devoir d'information à l'endroit du patient, soulignant la qualité de professionnel du pharmacien et mettant en exergue cette obligation autonome dont il est débiteur. Elle statue qu'il se devait d'informer le patient de l'ampleur de certains effets secondaires connus et ne devait se limiter à vendre sans autre formalité la quantité de médicaments indiqués par le médecin.

Bien qu'elle ne consacre pas encore tout à fait clairement l'extension du domaine de la responsabilité professionnelle (sur une base contractuelle) des pharmaciens, l'analyse de la jurisprudence américaine illustre en revanche l'usure progressive du paradigme voulant que le médecin soit l'unique responsable du traitement pharmacologique. En particulier, ce parcours suggère que l'intensité de l'obligation d'information soit tributaire à la fois de la nature particulière des médicaments, de même que de la connaissance, par le pharmacien, du profil du patient<sup>61</sup>. Si un tel raisonnement semble propre à la dynamique de la *common law*, force est de constater qu'un résultat analogue se profile en droit français, dans le contexte de l'application des principes généraux de la responsabilité contractuelle<sup>62</sup>. Dans une affaire où le pharmacien a omis d'obtenir, auprès du médecin, la confirmation de la durée du traitement médical de sa cliente, la responsabilité lui fut imputée dans une proportion de 70% pour s'être fié à des instructions erronées<sup>63</sup>. Ce partage de responsabilité peu orthodoxe entre le pharmacien, l'infirmière et le médecin témoigne peut-être, à l'instar de la position américaine, de l'évolution d'un

- 
61. Voir la critique de Jaclyn Casey, «Note: Prescription for Compromise: Maintaining Adequate Pharmacist Care Contraindicates Imposition of a General Duty to Warn» (2006) 17 Wash. U.J.L. & Pol'y 287; de même que Lauren Fleischer, «From Pill-Counting to Patient Care: Pharmacists' Standard of Care in Negligence Law Note» (1999-2000) 68 Fordham L. Rev. 165.
62. Voir Trib. civ. Clermont-Ferrand, 18 octobre 1950, Gaz. Pal. 1950, 2, 396, qui est à l'origine de la reconnaissance du fondement contractuel de la relation unissant le patient au pharmacien.
63. C.A. Paris, 6 avril 1990, Gaz. Pal. 1991, 1, Som. 47.

devoir de prévention des risques dont doivent s'acquitter les professionnels.

Par contraste, cependant, aucune faute civile n'a été imputée à un pharmacien qui, lors d'une affaire dont les faits évoquent l'affaire américaine *Horner v. Spalitto*, s'est enquis à nouveau de la teneur de l'ordonnance auprès du médecin<sup>64</sup>, ni au pharmacien qui omit de mettre en garde son patient contre les effets secondaires découlant de la prise simultanée de certains médicaments<sup>65</sup>, et malgré la présence de l'art. R.5015-48 du *Code de santé publique* qui aménage pourtant une double obligation d'information et de conseil dont est débiteur le pharmacien, parvenant ainsi à une solution contraire à l'affaire américaine *Lasley v. Shrake's Country Club Pharmacy*. Toutefois, la responsabilité du pharmacien a été retenue lorsqu'une confusion sémantique entre la dénomination de deux médicaments (Indusil, un anti-inflammatoire *versus* Indocid, un anabolisant) à même l'ordonnance, causa la mort tragique d'un nourrisson, et où la Cour statua que le pharmacien se devait d'alerter soit le médecin, soit les parents, de la dangerosité de l'ordonnance, au risque de se transformer en «simple épicier»<sup>66</sup>.

Cet exercice de comparaison n'est pas réellement convainquant lorsqu'il s'agit de dégager un courant jurisprudentiel prédominant. Il devient alors possible de poser l'hypothèse que l'extension du domaine de la responsabilité contractuelle du médecin ne saurait être attribuable à la classique dichotomie entre la *common law* et la tradition de droit civil. Cette observation s'explique peut-être par le fait que l'érosion des monopoles professionnels et, avec elle, l'abolition de privilèges historiques<sup>67</sup> s'exprime davantage à travers le filtre d'une forme d'éthique

---

64. Cass. civ., Gaz. Pal., 1979, 2, 418.

65. C.A. Caen, 15 juillet 1993, J.C.P. 1993, IV, 2477.

66. Trib. Gr. Inst. 4 mai 1970, Bull. Ordre Pharm. n°130, 1970, 1037, commentée par Eric Fouassier, «Responsabilité civile liée au médicament industriel : la nouvelle donne» (1998) *Revue de droit sanitaire et social* 296 [Fouassier, «Responsabilité»].

67. Voir, *ex plurimis* sur ce thème, Husson, *supra* note 2 à la p. 1; Savatier, *supra* note 2 à la p. 74.

individuelle que revendiquent tour à tour les pharmaciens. L'absence de consensus expliquerait le caractère quelque peu balkanisé de la jurisprudence franco-américaine. Un équilibre est à atteindre entre une immixtion non souhaitée du pharmacien dans le contrôle et la teneur de l'ordonnance et sa soumission aveugle aux ordres des médecins<sup>68</sup>. C'est peut-être dans cette optique que le projet de *Code de déontologie des pharmaciens* dispose à son article 33 que : «Lorsqu'il fournit un service pharmaceutique à un patient, le pharmacien doit évaluer et assurer l'usage approprié de sa thérapie médicamenteuse afin notamment de détecter et de prévenir les problèmes pharmacothérapeutiques». Comment, dès lors concilier le caractère impersonnel de la vente à distance de médicament avec la consécration d'un rôle plus actif pour les pharmaciens à l'intérieur de la prestation de soins de santé? C'est à cette interrogation que tentent de répondre les propos suivants.

## **2. Le déséquilibre de la relation patient/pharmacien causé par la vente à distance des médicaments**

Dans le domaine des soins de santé, le commerce électronique renforce le principe de l'autonomie du patient en l'invitant à pratiquer l'automédication. Il déséquilibre en quelque sorte la relation qui unit le pharmacien au patient en atrophiant l'importance normalement accordée à l'acte pharmaceutique, puisqu'en raison de la distance qui les sépare, ce dernier n'est pas toujours dans la meilleure position pour offrir un service personnalisé, respectueux de «[...] l'échelle de valeurs et [d]es convictions personnelles de son patient lorsque ce dernier l'en informe»<sup>69</sup>, voire même, «[...] des droits et libertés fondamentaux

---

68. Cet équilibre est particulièrement difficile à atteindre au regard des prescriptions «dangereuses» : voir Michel Duneau, «Le contrôle du pharmacien d'officine sur les prescriptions dangereuses» (1995) 3 *Gazette du Palais* 917; selon l'auteur, celui-ci se cristallise en partie dans le droit de refus de dispenser certains médicaments.

69. *Code de déontologie*, *supra* note 10 à l'art. 3.01.05. Le *Projet de code de déontologie précité*, *supra* note 1, prévoit ce qui suit : «Le pharmacien doit chercher à établir et à maintenir avec son patient une relation de confiance

des patients»<sup>70</sup>. Si le commerce électronique émerge en tant que nouvel espace de négoce virtuel, il tend à rapprocher le médicament aux autres produits de consommation pour lesquels l'appréciation des risques incombe aux consommateurs : *caveat emptor*.

Force est d'admettre que les problèmes de la vente à distance ne naissent certes pas de l'avènement du commerce électronique : les monopoles détenus par les ordres professionnels ont toujours posé un obstacle à la prescription et à la vente de médicaments comportant un élément d'extranéité. Rappelons que dès 1988, le Comité de discipline sanctionnait un pharmacien ayant vendu des médicaments à une patiente américaine, parce que l'ordonnance présentée par elle avait été émise par un médecin ne détenant pas un permis d'exercice valide au Québec<sup>71</sup>. Si la pharmacie-Internet n'altère pas *per se* les principes juridiques qui président à la distribution des médicaments, faut-il à tout le moins convenir que celle-ci avive toutefois certaines problématiques nées de l'incidence plus générale de la mondialisation sur la responsabilité des professionnels. En outre, les caractéristiques du commerce électronique (*in primis* son caractère impersonnel et souvent transfrontalier) et les particularités de la vente de produits pharmaceutiques font converger les objectifs de la protection de la santé, de la libre concurrence<sup>72</sup>, de l'autonomie des patients et de la protection des

---

et *s'abstenir d'exercer la pharmacie d'une façon impersonnelle*», [nos italiques].

70. *Ibid.* à l'art. 3.01.06.

71. *Durand c. Bock* (3 mai 1989), 30-88-01011 (C.D. pha.). Bien que le pharmacien ait respecté toutes les procédures américaines liées à l'importation de médicaments, le Comité souligne qu'il n'a toutefois pas respecté la *Loi sur la pharmacie* et ses règlements. Cette décision confirme, *mutatis mutandis*, l'impossibilité de vente à distance de médicaments en l'absence d'une ordonnance signée par un professionnel membre du Collège des médecins du Québec.

72. Cet aspect est fortement limité par le devoir d'exercer la profession de manière non-mercantile prévue aux différents codes de déontologie : Jean Lorenzi, *Les responsabilités du pharmacien*, Paris, Litec, 2002 à la p. 36.

consommateurs<sup>73</sup>. Car en marge du fait que le commerce électronique puisse permettre à ces derniers de se procurer illégalement des médicaments, il pose tous les avantages de la vente à distance : soit un meilleur accès aux médicaments pour les patients vivant loin des centres urbains, ou pour les personnes à mobilité réduite<sup>74</sup>.

Pour les civilistes, néanmoins, la pharmacie-Internet soulève avant tout l'importante problématique d'évaluer la portée et les modalités de l'information qui doit être transmise à l'occasion de la vente, et cela, en l'absence d'une rencontre physique entre le pharmacien et son client<sup>75</sup>. Une analyse du cadre législatif de la vente à distance de médicaments québécois (section 2.1) précède l'analyse de la solution préconisée par la Cour de justice des Communautés européennes (section 2.2).

## **2.1 Le cadre législatif québécois de la vente à distance de médicaments**

L'achat-vente de médicaments est assujetti aux dispositions générales du *Code civil* visant les contrats nommés, de même qu'aux obligations périphériques dictées notamment par le *Code de déontologie* et les règlements qui en émanent. Si l'acte juridique

---

73. Voir Sean P. Haney, «Pharmaceutical Dispensing In The «Wild West»: Advancing Health Care and Protecting Consumers Through the Regulation of Online Pharmacies» (2000-2001) 42 Wm. & Mary L. Rev. 575.

74. Pour un exposé des avantages et des inconvénients, voir Roscam Abbing, «Internet, the Patient and the Right to Care for Health» (2000) 7 Eur. J. Health L. 21; Marie-Eve Pancrazi, «L'e-commerce des produits de santé : dimension internationale» (2002) mars-avril Gazette du palais 534; ou Anne Laude, «L'e-commerce des produits de santé» (2002) mars-avril Gazette du Palais 529.

75. La validité de «l'ordonnance-Internet» dépasse le cadre de notre réflexion. À ce sujet, voir toutefois Katrina Armstrong, J. Sanford Schwartz et David A. Asch, «Direct Sale of Sildenafil (Viagra) to Consumers over the Internet» (1999) 341 New Eng. J. Med. 1380 [Armstrong, Schwartz et Asch]; Kara M. Friedman, «Internet Prescribing Limitations and Alternatives» (2001) 10 Annuals Health L. 139 et *American Medical Association, Board of Trustees Report 35, Internet Prescribing: an Interim Report*, 1999; également le *California's Business and Profession Code* à l'art. 2242.1, qui interdit l'ordonnance par Internet de médicaments «dangereux».

qui intervient entre les parties ne présente *a priori* aucune caractéristique particulière, le bien qui en fait l'objet, tout comme la qualité de la personne du vendeur, sont conditionnés au respect de plusieurs exigences liées au potentiel de risque que présentent les médicaments. D'abord, rappelons que tous les médicaments disponibles en vente libre sur le marché doivent être homologués par l'autorité canadienne compétente, c'est-à-dire qu'ils doivent détenir une autorisation de mise en marché délivrée par le ministère de la Santé<sup>76</sup>. Ensuite, tous les pharmaciens doivent être membres de l'OPQ afin de pouvoir délivrer des médicaments qui sont soumis à une ordonnance médicale, ou dont la vente est affectée de restrictions quant à leur accessibilité. Enfin, certains médicaments ne peuvent être dispensés qu'à la suite d'une ordonnance écrite de la main d'un médecin.

Face à l'élément d'extranéité que comporte parfois la vente à distance, le lieu de la formation du contrat prend un intérêt particulier parce qu'il détermine le contenu obligationnel du contrat (section 2.1.1.). En particulier, une telle vente met à jour plusieurs incertitudes de nature déontologique en raison de l'absence d'une rencontre entre le pharmacien et son client (section 2.1.2). Si la vente à distance de médicaments n'est pas née de l'ère électronique, faut-il souligner que cette dernière a largement contribué à augmenter le flux des échanges non plus sur la base de simples considérations pratiques, mais bien au regard d'une importante variation des prix susceptible de stimuler les pulsions consuméristes.

#### **2.1.1.1 La vente de médicaments et l'élément d'extranéité**

Le lieu de la formation du contrat prend une importance toute particulière pour tout pharmacien membre de l'OPQ qui aspire à vendre des médicaments à l'extérieur de la province de Québec, ou qui, vice-versa, est titulaire d'un portail Internet sollicitant indirectement des clients domiciliés à l'extérieur des

---

76. *Loi concernant les aliments, drogues, cosmétiques et instruments thérapeutiques*, L.R.C. (1985) c. F-27 [*Loi sur les aliments et drogues*]. Sur le sujet, voir notamment Gagné, *supra* note 20.



frontières du Québec. Ce rapport contractuel interagit alors avec la responsabilité des médecins, dans la mesure où il a pour objet un médicament vendu sous ordonnance. Sur le plan technique, certains paramètres permettent d'encadrer les modalités de transmission d'une ordonnance émise par un médecin : l'utilisation du télécopieur, par exemple, est soumise au respect de certains critères de fidélité<sup>77</sup>. Aussi, la *Loi sur la pharmacie* prévoit que l'ordonnance peut être donnée par un professionnel de la santé autorisé par une loi du Québec ou de toute autre loi émanant d'une autre province ou territoire canadien, qui, si elle s'appliquait au Québec, serait autorisée à le faire<sup>78</sup>. Il en découle que les ordonnances émises par des médecins américains, par exemple, ne sauraient être honorées dans les pharmacies québécoises.

À ce sujet, une décision rendue en 1931 par la Cour du banc de la Reine conserve aujourd'hui toute sa pertinence<sup>79</sup>. Les faits sont d'une apparente banalité : depuis Toronto, la compagnie ontarienne *Eaton* offrait à la vente au détail, par catalogue, certains médicaments dont la libre distribution était interdite au Québec. Né d'une procédure pénale intentée par l'Association pharmaceutique de la province de Québec – devenue l'Ordre des pharmaciens – contre *Eaton*, le débat s'articulait autour de la délicate question de qualifier juridiquement cet acte de sollicitation afin d'en déterminer la loi applicable. Dans cette optique, la Cour se devait de déterminer si l'envoi d'un catalogue à des acheteurs potentiels québécois constitue bien une offre de contracter, laquelle, à la différence de la simple invitation à

---

77. Voir *supra* note 16, les six règles édictées conjointement par le Collège des médecins du Québec et l'Ordre des pharmaciens du Québec : soit que l'ordonnance soit signée par le médecin, qu'elle soit transmise du bureau du prescripteur, qu'elle porte le nom du destinataire, qu'elle ne comporte pas de stupéfiants ou autres substances susceptibles d'abus (auquel cas elle doit être reconfirmée par téléphone), qu'elle soit suivie ultérieurement de l'original de l'ordonnance.

78. *Loi sur la pharmacie*, *supra* note 8 à l'art. 1 j).

79. *Ass. Pharmaceutique de Québec c. Eaton*, (1931) 50 B.R. 482 [Ass. Pharmaceutique de Québec], commentée notamment par Maurice Tancelin et Daniel Gardner, *Jurisprudence commentée sur les obligations*, 9<sup>ème</sup> ed., Montréal, Wilson et Lafleur, 2006, p. 42.

contracter, permettrait l'application de la *Loi de la pharmacie* en vertu de la théorie du lieu de l'acceptation des éléments essentiels par l'offrant. Après avoir analysé dans le détail l'esthétique du catalogue dont il est question, la Cour est parvenue à la conclusion que le contrat avait été formé en Ontario, dès lors que le catalogue contenait tous les éléments du contrat envisagé. De l'opinion non équivoque de la Cour : «... le contrat ne prend effet que de la connaissance acquise par le pollicitant de l'acceptation de son offre. Cette acceptation est parvenue à la défenderesse à Toronto»<sup>80</sup>. Par voie de conséquence, cette vente échappait ainsi aux prescriptions de la *Loi sur la pharmacie* québécoise, ainsi échappait-elle au contrôle du monopole professionnel pharmaceutique québécois<sup>81</sup>.

Cet exemple, qui évoque les premiers balbutiements de la société de consommation, revêt aujourd'hui une pertinence renouvelée dans le contexte des échanges électroniques. Pour preuve, des faits analogues ont notamment donné naissance à deux litiges sous l'égide de la *Loi sur la pharmacie* et du *Code des professions* au regard de la vente à distance de médicaments par Internet. Dans la première affaire, l'Ordre professionnel des pharmaciens avait reproché à la société *Le Pharmacy*, établie au Québec, d'avoir vendu à des Américains certains médicaments en contravention à la *Loi sur la pharmacie*<sup>82</sup>. Apposant une étiquette sur le contenant des produits, la société incriminée honorait des ordonnances contresignées par des membres du Collège des médecins du Québec. La Cour du Québec devait se pencher sur la question de déterminer si la vente de médicaments hors des frontières du Canada depuis une société montréalaise (et dont le dirigeant n'est pas inscrit au Tableau de l'Ordre des pharmaciens),

---

80. *Ibid.* à la p. 498 (J. Dorion).

81. C'est cette solution que codifient d'ailleurs les art. 1386, 1388 et 1389 C.c.Q.

82. Il s'agit de l'affaire *Collège des pharmaciens de la province de Québec c. Le Pharmacy inc.* (26 août 2004), 500-061-162678-032 (C.Q.) à l'opinion du J. Perreault [Le Pharmacy inc.]. L'argument des défendeurs visant à prouver l'existence d'un mandat unissant le client à la pharmacie Internet avait alors été rejeté par la Cour.

contrevient à la *Loi sur la pharmacie*<sup>83</sup>. Dans la seconde affaire, la compagnie incriminée *Prescription4US* visait l'annulation d'un mandat de perquisition obtenu, de son avis, en excès de juridiction.

Cherchant tous deux à se soustraire de la juridiction des tribunaux québécois, les défendeurs *PrescriptionUS* et *Le Pharmacy* alléguaient que le contrat avait été conclu aux États-Unis. Appréhendé à la lumière des dispositions du *Code civil* et à l'instar de l'affaire *Eaton*, ce litige interpelle les articles visant le lieu de formation des contrats, soit les articles 1386 C.c.Q. et suivants et ceux relatifs au contrat nommé qu'est la vente (articles 1708 C.c.Q. et suivants). D'entrée de jeu et à juste titre, la Cour convient que le medium d'Internet n'est qu'un moyen de communication entre les potentiels patients américains et les sociétés montréalaises visées. Elle observe que : «Le fait que le client sache ou ne sache pas de quelle pharmacie proviennent ses médicaments n'est aucunement pertinent»<sup>84</sup>. Le tribunal conclut que la pharmacie virtuelle – qui n'a de virtuel que le nom – : «invite les consommateurs à contracter avec elle pour la fourniture et la livraison de médicaments»<sup>85</sup>. Il en découle que lesdites sociétés

---

83. Il s'agit de l'affaire *Ordre des pharmaciens du Québec c. Prescriptions 4US inc.*, (3 juin 2005), 500-61-176333-038 (C.Q.). Voir aussi *Ordre des pharmaciens du Québec c. MediTrust Pharmacy Services inc.*, (3 novembre 1994), Montréal 500-09-000198-945 (C.A.) [MediTrust Pharmacy Services inc.] : dans cette affaire, une injonction interlocutoire a été émise dans le but d'interdire à l'intimée (pourtant autorisée à exercer la profession pharmaceutique au Nouveau-Brunswick) de faire toute publicité destinée au public québécois et qui pourrait porter à croire qu'elle est autorisée à exercer la profession de pharmacien au Québec, et de lui interdire au surplus de vendre ou de livrer à quiconque au Québec tout médicament, qu'il ait été prescrit par un médecin au Québec ou pas.

84. *MediTrust Pharmacy Services inc.*, *ibid.* au par. 55.

85. *Ibid.* au par. 76. La Cour s'autorise des conclusions auxquelles était parvenue la Cour supérieure, saisie d'une procédure en cassation de l'émission d'un mandat de perquisition; *Prescriptions 4US Inc. v. Ordre des pharmaciens du Québec et Juge Gilles Michaud*, (25 juin 2004), 500-36-003204-032 (C.S.), et pour qui «The purchaser, M. Lewis, was on a computer. While the location of this computer is not given, it could have been anywhere [...] Thus, the place of offer and the place where the

revêtaient la qualité d'offrantes, et enfreignaient dès lors l'article de la *Loi sur la pharmacie*<sup>86</sup>.

Par conséquent, les pharmacies Internet ont été reconnues coupables des infractions que lui reprochait le syndic puisqu'en définitive, elles ont vendu des médicaments à des clients sans pour autant être membres de l'Ordre des pharmaciens du Québec. Il en ressort que l'élément d'extranéité qui teinte le contrat intervenu entre les parties ne saurait permettre aux intermédiaires de marché de créer un marché parallèle à celui qui est l'apanage de l'ordre professionnel. Ce résultat s'explique à la lumière d'éléments déontologiques qui légitiment le maintien du monopole professionnel pharmaceutique, en même temps qu'il confirme que la vente à distance de médicaments est soumise aux mêmes obligations déontologiques que le rapport contractuel à l'occasion duquel les parties sont en présence l'une de l'autre.

### **2.1.2 Quelques perspectives déontologiques**

Au-delà de la problématique née de la détermination du lieu de la formation du contrat, force est de convenir que la vente à distance de médicaments contraste avec les nouveaux besoins exprimés par les consommateurs – et les pharmaciens eux-mêmes – d'un rapport davantage personnalisé. L'intensification de ce rapport contractuel est d'ailleurs promu par les associations professionnelles : il est reconnu par le droit positif de certains ordres juridiques, dont le Québec<sup>87</sup>.

Paradoxalement, toutefois, le commerce électronique tend à repousser cette dimension personnaliste au profit d'une approche davantage centrée sur le produit (en l'occurrence, le médicament).

---

acceptance was received by the vendor, RX4US, are identical – namely, Montreal, Quebec» (J. Cohen).

86. Soulignons toutefois qu'il n'est nulle trace, dans ces affaires, de l'application de la L.p.c. Voir à ce propos *infra*, section 3.2.

87. Voir l'art. 23 du *projet de Code de déontologie*, *supra* note 1 : «Le pharmacien doit chercher à établir et à maintenir avec son patient une relation de confiance et s'abstenir d'exercer la pharmacie d'une façon impersonnelle».

Il porte quelquefois à son paroxysme l'aspect mercantile lié au contrat de vente, aspect pourtant prohibé par la plupart des normes de pratique professionnelles<sup>88</sup>. À cet égard, le risque que pose la vente par Internet est qu'elle constitue un service facilement accessible et qu'elle expose davantage les clients à un nouvel «hédonisme pharmacologique»<sup>89</sup> qui suggère que le jugement du patient profane se substitue à celui du pharmacien – voire celui du médecin – éclairé de la seule publicité qu'il trouve à portée de main<sup>90</sup>. Toutefois, un tel raisonnement s'appuie souvent sur le postulat fallacieux voulant que le patient soit en mesure d'évaluer sa propre condition physique d'une part, et, de l'autre, qu'il puisse décider lui-même du traitement adapté à son autodiagnostic<sup>91</sup>; si la vente à distance milite en faveur du respect de la vie privée des personnes, encore faut-il convenir que la maxime *caveat emptor* sied fort mal la prestation d'un service pharmaceutique.

De cette tension naissent les multiples préoccupations liées à la quantité et, surtout, la qualité des informations directement fournies par le fabricant au consommateur<sup>92</sup>. Ceci devient encore

---

88. Pour des données factuelles concernant les pharmacies Internet aux États-Unis, voir Sara E. Zeman, «Regulation of Online Pharmacies: A Case for Cooperative Federalism» (2001) 10 *Annals Health L.* 105, ou Kerry Toth Rost, «Policing the "Wild West" World of Internet Pharmacy» (2001) 55 *Food & Drug L. J.* 620.

89. Buerki et Vottero, *supra* note 45 à la p. 3.

90. Voir Howard Latin, «"Good" Warnings, Bad Products, and Cognitive limitations» (1994) 41 *UCLA L. Rev.* 1193, ou du côté de la France, Pierre Sargos, «L'information sur les médicaments – Vers un bouleversement majeur de l'appréciation des responsabilités» (1999) *JCP éd. G, I*, 144.

91. Voir Leroux et Giroux, *supra* note 20 à la p. 325.

92. Pour une recension des études qualitatives ayant évalué la qualité de l'information transmise sur Internet, voir Bridget Coleman, «Producing an information leaflet to help patients access high quality drug information on the Internet: a local study» (2003) *Health information and Libraries Journal* 169. Une autre étude souligne également le fait que le pharmacien, malgré certaines croyances, est mal préparé pour exercer son devoir de conseil au regard des médicaments vendus sans ordonnance en raison de contingences économiques, temporelles et physiques : voir à ce propos Jerome E. Kotecki, «Factors related to pharmacists' over-the-counter recommendations» (2002) 27 *Journal of Community Health* 291 en particulier à la p. 292 [Kotecki].

plus problématique au regard des médicaments qui promeuvent un certain «style de vie» (*lifestyle drugs*), c'est-à-dire ceux destinés à soigner les problèmes liés à l'aspect physique ou, encore, à la performance sexuelle des individus. À ce propos, les résultats étonnants d'une étude menée en 1999 révèlent que 86 pharmacies virtuelles ne requièrent aucune visite médicale avant de distribuer, à l'aide d'Internet, des médicaments normalement soumis à une ordonnance médicale<sup>93</sup>. Bien que cette donnée factuelle intéresse en premier lieu les domaines issus du droit pénal ou disciplinaire<sup>94</sup>, elle permet toutefois de mettre en relief une forme de vulnérabilité des consommateurs dont les ramifications s'étendent au droit civil. C'est qu'à l'intérieur du cadre normatif de la vente de produits pharmaceutiques, s'acquitter de l'obligation d'information devient parfois problématique pour le pharmacien, et explique peut-être, la transmission accrue d'information, par le fabricant, directement au client, dans une optique évidente d'autoréglementation des rapports juridiques entre parties privées<sup>95</sup>.

Réfractaire à cette pratique, le Comité de discipline de l'Ordre des Pharmaciens du Québec a récemment sanctionné un

---

93. Armstrong, Schwartz et Asch, *supra* note 75. Une autre difficulté technique consiste en la structure «araignée» de certains sites : voir Jane E. Henney et Jeffrey E. Shuren, «Direct Sale of Sildenafil (Viagra) to Consumers over the Internet» (2000) 342 New Eng. J. Med. 740 : «There are only a few score spiders on the Internet, but they replicate very quickly by offering commissions to affiliates for each order placed through them».

94. Voir la décision de la Cour d'appel *MediTrust Pharmacy Services inc.*, *supra* note 83, émettant une injonction interlocutoire visant à interdire à une pharmacie de l'Ontario de vendre des médicaments aux consommateurs québécois via Internet.

95. Voir *Perez v. Wyeth Lab.*, 734 A.2d 1245 (N.J. Sup. Ct 1999) commentée notamment par Yonni D. Fushman, «*Perez v. Wyeth Labs. Inc.* : Toward Creating A Direct-To-Consumer Advertisement Exception To The Learned Intermediary Doctrine» (2000) 80 B.U.L. Rev. 1161. Au Canada, la décision emblématique à cet égard est l'arrêt *Hollis c. Dow Corning*, [1995] 4 R.C.S. 634, précédée de *Lambert v. Lastoplex Chemicals Co.*, [1972] S.C.R. 569. En doctrine, voir notamment Gerald Henry Louis Fridman, *The Law of Torts*, 2e éd., Toronto, Carswell, 2002 aux pp. 405 ss. Du côté du droit civil québécois, voir surtout Leroux et Giroux, *supra* note 20 aux pp. 330 et suiv.

pharmacien dont l'une des activités consistait à honorer des ordonnances américaines cosignées par des médecins membres du Collège des médecins<sup>96</sup>. Plus précisément, l'intimé contractait avec un cyber-distributeur, ce qui lui permettait l'accès à une vaste clientèle américaine. De son côté, le syndic de l'Ordre retint notamment que l'intimé avait contrevenu à l'article 4.01.01 f) du *Code de déontologie*, lequel prévoit que le pharmacien ne saurait «contribuer à la vente de médicaments dans un endroit qui n'est pas sous son contrôle et sa surveillance constante [...]». Pour sa part, le Comité de discipline a agréé cet argument et a jugé que l'interférence d'un tiers n'étant pas membre de l'Ordre des pharmaciens du Québec dans l'acte de distribution des médicaments équivaut à une abdication partielle de son obligation de contrôle et de surveillance, même s'il préparait lui-même l'envoi postal.

En définitive, le Comité refuse de réduire le rôle du pharmacien à celui d'un simple vendeur de la chaîne de distribution, ce qui aurait pour effet ultime d'opérer un rapprochement de la distribution de médicaments à un contrat de vente et à l'éloigner de la prestation de services<sup>97</sup>. Une dichotomie semblable se retrouve au sein de l'Union européenne à travers une décision rendue par la Cour de justice des Communautés européennes (CJCE) en 2002, portant sur la dialectique de la libre circulation des médicaments et de la protection de la sécurité et de la santé des consommateurs.

---

96. *Côté c. Elkaim*, (8 juillet 2004), 30-03-01491 (C.D.). Voir également *Lacasse c. Lelouche*, (5 février 2003), 30-02-01478 (C.D.), où des infractions plus graves ont été reprochées au pharmacien en lien avec l'affaire *LePharmacy*. Du côté du Collège des médecins, pour la même affaire, la décision de culpabilité à une infraction disciplinaire imposée par le Comité de discipline, voir *Dr Jacques Deblois c. Dr Jean Vincent Desroches*, [2006] D.D.O.P. (C.D. Méd.). Ces sanctions sont en lien avec l'affaire *Le Pharmacy inc.*, *supra* note 82.

97. Le projet de *Code de déontologie*, *supra* note 1 à l'art. 2a) utilise d'ailleurs la locution «service pharmaceutique» pour décrire «les services fournis par un pharmacien dans le cadre de l'exercice de la pharmacie».

## 2.2 La solution préconisée par la Cour de justice des Communautés européennes<sup>98</sup>

L'affaire dont il est question est née d'une procédure pénale intentée par l'Association professionnelle de pharmaciens allemands contre la société *DocMorris* (une pharmacie) et son dirigeant, M. Waterval, pharmacien de profession agréé aux Pays-Bas<sup>99</sup>. Située non loin de la frontière germano-néerlandaise, la pharmacie incriminée exerce une activité professionnelle de style traditionnel, par la voie d'une officine ouverte au public. À travers son site Internet, elle offre également à la vente des médicaments (soumis ou non à une ordonnance médicale), auquel cas elle exigeait l'ordonnance originale écrite de la main d'un médecin<sup>100</sup>. Plusieurs possibilités s'offrent au consommateur de contacter le

98. Cette sous-section reprend partiellement le propos développé dans la contribution suivante : Marie-Eve Arbour et Vincent Hamel, «La vente à distance de médicaments : du *drugstore* à l'officine (propos nés de l'affaire *DocMorris*)» (2005) 2 *Revue européenne de droit de la consommation* 221.

99. Il s'agit de l'affaire CJCE n° C-322/01 du 11 décembre 2003, *Deutscher Apothekerverband eV c. 0800 DocMorris NV et Jacques Waterval* [DocMorris], ayant pour objet une demande préjudicielle adressée à la Cour du Luxembourg par le *Landgericht Frankfurt am Main* (Allemagne), portant sur l'interprétation des articles 28 et 30 CE, ainsi que de la CE, *Directive 92/28/CEE du Conseil du 31 mars 1992 concernant la publicité faite à l'égard des médicaments à usage humain*, [2005] J.O.C.E. L 113 à la p. 13, commentée par Richard Lang, «Case Comment» (2005) 42 *C.M.L. Rev.* 189; Delphine Degroote et Caroline Mascaret, «Vente et publicité de médicaments par Internet : du nouveau du côté de la Cour de Justice des Communautés européennes. Commentaire de l'arrêt du 11 décembre 2003 (affaire C-322/01)», (2004) *Médecine & Droit* 112 [Degroote et Mascaret]; Eric Fouassier, «Le juge communautaire et la vente de médicaments sur Internet» (2004) 382 *Bulletin de l'Ordre des pharmaciens* 115; Séverine Boillat et Stefaan Callens, «*DocMorris* : une nouvelle porte vers la libre circulation des médicaments en Europe?» (2004) 85 *Bulletin des médecins suisses* 110; Jérôme Peigné, «Peut-on interdire la vente de médicaments par Internet au regard du droit communautaire?» (2004) 40 *Revue de Droits sanitaire et Social* 369 et Emanuele Pedilarco, «Le farmacie Internet tra libera circolazione delle merci e tutela della salute umana» (2004) 2 *Diritto pubblico ed europeo* 231.

100. Soulignons qu'aux yeux de la pharmacie, un médicament est considéré soumis à une ordonnance médicale si elle est exigée des Pays-Bas ou par l'État sur le territoire où est domicilié le consommateur.



personnel de la pharmacie, et différentes modalités de livraison sont possibles. D'un point de vue pratique, donc, seule l'absence physique du consommateur distingue la conclusion de ce contrat à distance de la distribution de médicaments en officine; force est d'observer que la société *DocMorris* respecte scrupuleusement la législation néerlandaise.

Or en Allemagne, le commerce des médicaments est régi par une loi qui prohibe partiellement la vente par correspondance des médicaments<sup>101</sup>. Elle prévoit ce qui suit : «Les médicaments [...] qui ne sont pas en vente libre en dehors des pharmacies [...] ne peuvent [...] être mis en circulation [...] que dans des pharmacies et non par la voie de la vente à distance». S'autorisant de cette disposition, l'Association des pharmaciens a contesté devant les tribunaux nationaux les pratiques commerciales de la société néerlandaise *DocMorris* en alléguant une violation des privilèges rattachés à l'exercice exclusif de son monopole professionnel de la vente des médicaments en sol germanique<sup>102</sup>. Soulignons que les médicaments visés par l'affaire *DocMorris* sont ceux dont la vente n'est pas subordonnée à l'obtention d'ordonnance médicale, bien qu'ils ne soient pas non plus à portée de main des clients (soit «derrière le comptoir»).

Pour notre propos, l'analyse du principe de proportionnalité effectuée par la Cour (servant, précisons-le, à justifier ou non cet obstacle à la libre circulation de marchandises au regard de l'impératif de protéger la santé des personnes<sup>103</sup>), s'avère fort révélatrice des aspects déontologiques qui président à la réflexion entourant les pharmacies Internet<sup>104</sup>. Suffit-il ici de préciser que la

---

101. *Loi sur les médicaments* du 7 sept. 1998 à l'art. 43, par. 1.

102. S'agissant d'un litige s'inscrivant dans le contexte de la libre circulation des marchandises (art. 28-30 CE), la question portait d'abord sur la difficulté de déterminer si cette restriction au commerce constitue une mesure équivalant à une restriction quantitative. Cet aspect dépasse toutefois l'objet de la présente étude.

103. Il s'agit en l'occurrence du couple formé par les articles 28-30 CE.

104. Affaire *DocMorris*, *supra* note 99 au point 84 : «Une réglementation ou une pratique nationale ne bénéficie pas de la dérogation prévue à l'article 30 CE lorsque la santé et la vie des personnes peuvent être protégées de manière aussi efficace par des mesures moins restrictives des échanges

marge discrétionnaire dont disposent les États pour déterminer le seuil de protection de la santé désiré est souvent tributaire de l'étendue des connaissances entourant le risque que l'on cherche à prévenir : plus celui-ci est susceptible d'être avéré, plus les États membres pourront faire une entorse au principe fondamental de la libre circulation des marchandises. Cette démarche vise essentiellement à distinguer entre les mesures qui visent en apparence la protection de la santé (alors qu'elles sont essentiellement protectionnistes), et celles qui s'appuient réellement sur un objectif légitime de protection de la population.

En l'espèce, à quel risque est donc exposée la population allemande? Dans le contexte de la vente à distance de médicaments, il consiste, d'une part, en une mauvaise utilisation des médicaments par les consommateurs causée par le manque de conseils généralement prodigués par les pharmaciens, et, de l'autre, en une attitude consumériste irréfléchie, stimulée par l'alléchante configuration du portail Internet matérialisant la société *DocMorris* en Allemagne. En matière de consommation de médicaments, la législation communautaire – comme la québécoise, du reste – se développe *in primis* autour de la figure du médecin, lequel est investi de la tâche d'indiquer à ses patients un traitement pharmacologique approprié et d'en déterminer les modalités. Ce rôle, qui se cristallise à travers l'ordonnance médicale, explique le traitement juridique distinct que la CJCE réserve aux médicaments distribués sans l'intervention du médecin d'un côté (section 2.2.1.), et, de l'autre, ceux qui y sont conditionnés (section 2.2.2.).

L'étude de ces deux modèles de régulation antagonistes permet de dégager la solution juridique à apporter à la catégorie hybride dont il est question dans l'affaire *DocMorris*. Sur le plan théorique, celle-ci tient lieu d'arène où s'opposent deux modèles antagonistes de protection des consommateurs. Le premier, soit le modèle «légaliste», repose sur la prémisse d'un rapport de force opposant le professionnel et le consommateur, laquelle fait

---

communautaires». Voir aussi, parmi plusieurs autres affaires, CJCE. du 5 mai 1998, *National Farmers*, aff. C-157/96, point 96.

obstacle à l'expression de choix de consommation éclairés par ce dernier. Quant au second, le modèle «autonomiste», il tire son origine des théories néolibérales du contrat qui cherchent à rééquilibrer la relation contractuelle asymétrique par la transmission corrélatrice d'informations à la partie la plus vulnérable<sup>105</sup>.

### **2.2.1 Les médicaments vendus sans ordonnance médicale**

La législation communautaire n'offre aucune définition des médicaments vendus sans ordonnance. C'est ainsi *a contrario* que l'on doit les appréhender, comme étant ceux qui présentent un ratio risque/bénéfice connu, permettant de justifier l'élimination du rôle du médecin dans la chaîne de distribution des médicaments<sup>106</sup>. À la différence des médicaments soumis à une ordonnance médicale, force est d'observer, à l'instar de la situation qui prévaut au Québec, que les obligations déontologiques qui se greffent à cette typologie de médicaments et qui incombent au pharmacien, sont d'une intensité plus faible. En outre, ce dernier n'est pas tenu d'inscrire cette vente à son registre, aussi ne saurait-on s'étonner du fait qu'il ne soit pas davantage débiteur de l'obligation de suivre le profil pharmacologique du consommateur-patient.

Pourtant, le gouvernement allemand souligne la vulnérabilité du consommateur devant cette nouvelle «facilité» à se procurer ces médicaments par un simple *clic*. Certes, il admet que l'acheteur puisse éventuellement se faire conseiller à distance (par Internet ou par téléphone), mais il insiste en revanche sur l'importance d'une rencontre physique entre les parties, soit un

---

105. Signalons que l'utilisation de la locution «droit des consommateurs» ne doit pas être appréhendée suivant son acception la plus restreinte, puisqu'il est bien loin d'être certain que le pharmacien soit un commerçant : à ce sujet, voir *infra*, section 3.2.1.

106. Sur le caractère hautement culturel de l'automédication, voir notamment Jean-François Bergmann, «Self-medication: from European regulatory directives to therapeutic strategies» (2003) 17 *Fundamental & Clinical Pharmacology* 275, qui souligne les variations qui subsistent entre un pays et un autre.

«colloque singulier»<sup>107</sup> entre le pharmacien et son client, puisque : «La condition physique et l'état psychique de ce dernier, sa stature, son mode de vie et sa médication actuelle constitueraient des critères devant être pris en compte lors d'un tel entretien»<sup>108</sup> [nos italiques]. Cette image exalte le rôle de professionnel qui échoit au pharmacien à l'intérieur du système de soins de santé, en même temps qu'elle témoigne d'un refus implicite du législateur à assimiler le médicament à une marchandise comme une autre.

C'est donc parce qu'il considère le consommateur en position de faiblesse lors de l'achat de médicaments en dehors de l'enceinte de la pharmacie physique que le législateur allemand préconise cette forme de paternalisme avoué; une relation interpersonnelle quelques fois bien tenue – avouons-le – que le juriste est bien mal préparé à appréhender sans recourir à des disciplines exogènes à celle du droit<sup>109</sup>. De fait, cette dynamique contractuelle cybernétique interpelle toute la problématique de l'automédication : elle pose – rappelons-le – la difficulté de déterminer la quantité et d'apprécier la qualité des informations qui doivent être transmises au consommateur afin qu'il puisse effectuer des choix de consommation éclairés<sup>110</sup>.

En revanche, la CJCE préconise plutôt une forme de protection du consommateur qui repose sur le postulat voulant que, dans la mesure où on lui fournit l'information nécessaire, ce dernier doit pouvoir être en mesure d'assurer sa propre sécurité en effectuant des choix éclairés : l'affaire *DocMorris*, en ce sens, appuie la démocratisation des échanges électroniques. Cette perspective s'appuie sur le principe de l'autonomie de la volonté notamment récupéré par la Directive 2000/31/CE portant

---

107. Yann Bréban et Nathalie Beslay, «De la vente de médicaments autorisés sur l'Internet à l'officine électronique» (1999) *Gazette du Palais* 1091 [Bréban et Beslay].

108. Affaire *DocMorris*, *supra* note 99 au point 82.

109. À ce sujet, voir notamment les résultats issus de l'étude menée par Kotecki, *supra* note 92 à la p. 291, visant à isoler les variables qui modulent les conseils prodigués par les pharmaciens au regard des médicaments vendus librement.

110. Voir *supra* note 90.

sur le commerce électronique, laquelle entend clairement favoriser la libre circulation des marchandises via Internet<sup>111</sup>. Dès lors, l'équilibre entre la libre circulation des marchandises et la protection de la santé semble se concrétiser par la libéralisation de l'accès aux médicaments qui ne requièrent aucune ordonnance médicale. Cette conclusion s'observe notamment à travers l'élimination progressive des restrictions aux achats de médicaments jusque dans leurs aspects immatériels : aussi les consommateurs pourront-ils se procurer sur Internet des médicaments et des produits de parapharmacie, à défaut par la Cour de justice européenne d'avoir retenu que le rôle de conseil des pharmaciens puisse être garant de la protection de la santé des personnes. En France, notamment, cette solution contraste nettement avec une décision rendue par le Tribunal de Grande Instance, où, s'agissant de vente de lentilles cornéennes par Internet, celui-ci statue qu' «[...] attendu qu'en l'état du mécanisme de vente à distance mise en œuvre en l'espèce, entre "personnes absentes", *il n'est manifestement pas rapporté en preuve que ce procédé permette de garantir le respect des obligations édictées à l'égard du vendeur par les dispositions réglementaires [déontologiques] en vigueur* <sup>112</sup>[...]», prohibant implicitement cette forme de distribution.

---

111. Voir en particulier le 3<sup>ème</sup> considérant de la CE, *Directive 2000/31/CE portant sur le commerce électronique*, [2000] J.O. «Le droit communautaire et les caractéristiques de l'ordre juridique communautaire constituent un atout essentiel pour que les citoyens et les opérateurs européens puissent bénéficier pleinement, sans considération de frontières, des possibilités offertes par le commerce électronique. *La présente directive a ainsi pour objet d'assurer un niveau élevé d'intégration juridique communautaire afin d'établir un réel espace sans frontières intérieures pour les services de la société de l'information*», de même que l'art. 1, par. 3 : «La présente directive complète le droit communautaire applicable aux services de la société de l'information *sans préjudice du niveau de protection, notamment en matière de santé publique et des intérêts des consommateurs*, établit par les instruments communautaires et la législation nationale les mettant en œuvre dans la mesure où cela ne restreint pas la libre prestation de services de la société de l'information» [nos italiques].

112. Trib. gr. Inst. Paris, 24 novembre 1998, 63197/98, commentée notamment par Bréban et Beslay, *supra* note 107 à la p. 1092 et Eric Fouassier, «Pharmacies virtuelles...de la chimère juridique à la baudruche médiatique» (2001) 37 *Revue de Droit sanitaire et social* 507 [Fouassier].

Signalons à ce sujet que selon S. Guillemard, le cyberconsommateur se distinguerait de son *alter ego* du monde réel<sup>113</sup>. Cette thèse s'autorise de certaines données factuelles qui semblent indiquer que la vulnérabilité des consommateurs ne saurait s'appliquer *mutatis mutandis* aux échanges électroniques, puisque le fossé qui sépare les cocontractants se trouve à demi comblé par les caractéristiques respectives des cybersconsommateurs et des cybercommerçants. Les premiers, plus éduqués, effectueraient des choix de consommation plus judicieux, parce qu'ils disposent davantage d'informations sur Internet<sup>114</sup>. Selon un auteur, par contraste, cette marge d'autonomie accordée présente la particularité d'aller au-delà de celle qui est par la CJCE accordée aux clients du monde réel par la plupart des législateurs nationaux, dès lors que «[...] le site Internet permet au client de pénétrer non seulement à l'intérieur de l'officine, mais aussi de passer derrière le comptoir où sont rangés les médicaments»<sup>115</sup>. C'est seulement au regard des médicaments vendus sous ordonnance que la Cour abonde en ce sens.

### **2.2.2 Les médicaments soumis à une ordonnance médicale**

Au regard des médicaments vendus sous ordonnance, le raisonnement préconisé par la CJCE est marqué par la prédominance de l'objectif de protection de la santé publique sur l'objectif de catalyser la création du marché. Elle agréee cette fois l'argument mis de l'avant par la République allemande, voulant que la vente à distance de médicaments qui comportent des dangers plus élevés pour la santé des personnes, puisse justifier l'érection d'obstacles législatifs à la libre circulation des

---

113. Sylvette Guillemard, «Le "cyberconsommateur" est mort, vive l'adhérent» (2004) 1 J.D.I. 7 [Guillemard]. Cf. Charlaïne Bouchard et Marc Lacoursière, «Les enjeux du contrat de consommation en ligne» (2003) 33 R.G.D. 373 à la p. 412 selon qui : «cette affirmation tendra à s'amenuiser avec le temps, à la suite de la démocratisation d'Internet et du commerce électronique».

114. Guillemard, *ibid.*

115. Fouassier, *supra* note 112 à la p. 508.

médicaments, tels qu'une interdiction de vente par correspondance.

Il s'agit dès lors d'apprécier à nouveau les risques que pose la vente à distance des médicaments. En outre, la Cour insiste sur la «nécessité de pouvoir vérifier d'une manière efficace et responsable l'authenticité des ordonnances établies par les médecins et d'assurer ainsi la délivrance du médicament soit à une personne chargée par ce dernier de venir le chercher [...]»<sup>116</sup>. Au surplus, elle souligne notamment les éventuels problèmes liés à l'étiquetage des médicaments dans une langue étrangère à celle du consommateur et parvient laconiquement à la conclusion que la protection de la santé des personnes justifie l'obstacle aux échanges commerciaux créé par le législateur allemand. Deux auteurs observent pourtant, que «[...] lorsqu'un patient étranger se présente à l'officine muni d'une ordonnance rédigée par un médecin qui exerce dans un autre pays, rien n'interdit au pharmacien d'honorer cette prescription, alors même que ses possibilités de vérification de l'ordonnance sont limitées. La situation de l'ordonnance envoyée suite à une commande par Internet ne serait pas sensiblement différente [...]» [nos italiques]<sup>117</sup>. Ce faisant, la Cour réitère la centralité de la rencontre physique entre le patient et le pharmacien et confirme ainsi le bien-fondé de la mesure d'interdiction allemande.

Si le marché intérieur de l'Union européenne présente des caractéristiques qui le distinguent du marché nord américain, il n'en reste pas moins que la réalité de la vente à distance de médicaments entre les acheteurs américains et les pharmaciens québécois soulève une problématique analogue à celle à l'origine

---

116. Affaire *DocMorris*, *supra* note 99 au point 119.

117. Voir Degroote et Mascaret, *supra* note 99 à la p. 116. Voir en ce sens CJCE du 8 avril 1992, *Commission c. Allemagne*, aff. C-62/90, *Rec.* à la p. I-2575, point 20 où la Cour conclut que : «Le médecin ou le pharmacien de l'autre État membre peuvent, [...] lors de la délivrance du médicament, pallier les insuffisances, tenant notamment à la rédaction en une langue autre que celle du malade, que pourraient comporter l'étiquette ou la notice d'utilisation du médicament».

de l'affaire *DocMorris*<sup>118</sup>. Au regard de l'exercice de la profession pharmaceutique, la difficulté devient celle de déterminer dans quelle mesure les ordonnances signées de la main d'un médecin américain peuvent être honorées par les pharmaciens québécois et vice-versa. La pratique de la co-signature par un médecin membre du Collège des médecins permet en quelque sorte de contourner l'interdiction d'honorer les ordonnances étrangères, et à l'instar de la situation européenne, réoriente le débat autour du rapport entre le médecin et le patient et, de manière plus spécifique, autour de la discutable ordonnance à distance<sup>119</sup>.

Un dernier point demeure : celui la responsabilité du pharmacien en tant que distributeur de la chaîne de commercialisation des médicaments.

### **3. L'outil contractuel ou l'extension du spectre des débiteurs hypothétiques**

Parce que le pharmacien tire profit de la vente de médicaments, sa responsabilité est potentiellement modulée par les règles de la responsabilité objective du fait des produits. Le

---

118. Sur le sujet, voir surtout Simon R. Rabinovitch, «On the Legitimacy of Cross-Border Pharmacy» (2005) 43 Alta L. Rev. 327. Les Américains se procurent des médicaments à meilleur prix au Canada ou au Mexique. L'auteur explique : «*At the Canadian pharmacy, a Canadian physician (usually paid a per-prescription fee) reviews the online order and medical information and checks it against the written prescription. The physician then re-writes ("co-signs") the prescription and the pharmacist dispenses the drug and mails it to the patient along with the original prescription*» (p. 334). Il ajoute : «*In cross-border pharmacy, the patient's use of a drug is vetted by two physicians, one of whom conducts a conventional in-person assessment while the other does so remotely through a review of the patient's medical history. There is little reason to suppose that American patients are put at greater risk from the additional oversight of a Canadian co-signing physician than they would were their prescriptions being filled on the basis of the U.S. physician's prescription alone*» (p. 355). Bien que cette pratique soit prohibée par la législation américaine, certaines cités et certains États promeuvent cette pratique en raison de l'économie qu'elle représente pour différents programmes qui visent à rembourser aux clients le prix de leurs médicaments.

119. Voir *supra* note 75.



caractère hybride de l'acte pharmaceutique le place aux confins de la prestation d'un soin de santé – soit, plus généralement, la prestation d'un service – et de la vente d'un produit. Se pose alors la question de l'application des institutions juridiques pertinentes à une telle dynamique contractuelle, dont, notamment, la garantie de qualité (section 3.1). S'agissant d'une vente, il devient également pertinent d'examiner si la *Loi sur la protection du consommateur*<sup>120</sup> pourrait éventuellement s'appliquer au rapport contractuel unissant le pharmacien à son client (section 3.2).

### 3.1 Le droit de la vente et les garanties contractuelles

Le pharmacien pourrait-il être tenu responsable du préjudice causé à l'un de ses clients en raison du défaut d'un médicament qu'il lui a vendu? À *priori*, le principe général consacré par le *Code civil* ne souffre d'aucune exception au regard de la qualité de pharmacien du cocontractant. Certes, le médicament défectueux devrait répondre à tous les critères énumérés à l'article 1726 C.c.Q.<sup>121</sup>; si il est facile de conclure à l'aspect *caché* du vice, à son *caractère inconnu* par l'acheteur et à son *existence au moment de la vente*, en revanche il est ardu de l'isoler des autres variables qui peuvent venir brouiller le lien causal entre le vice allégué et le préjudice subi par la victime, en

---

120. *Loi sur la protection du consommateur*, L.R.Q. c. P-40.1 [L.p.c.].

121. Voir notamment Jeffrey Edwards, *La garantie de qualité du vendeur en droit québécois*, Montréal, Wilson & Lafleur, 1998, Denys-Claude Lamontagne, *Droit de la vente*, 3<sup>e</sup> éd., Cowansville, Yvon Blais, 2005 aux pp. 115ss [Lamontagne]; Pierre-Gabriel Jobin, *La vente*, 2<sup>e</sup> éd., Cowansville, Yvon Blais, 2001 aux par. 130 ss, et Baudouin et Deslauriers, *supra* note 49 au par. 569, citant l'arrêt *Jeannotte c. Couillard*, (1894) 3 B.R. 461. Du côté de la France, la célèbre affaire *Thorens*, Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 8 avril 1986, JCP. 1987. II. 20721 (note Viala et Viandier) et *RTD. Civ.* 1986, 779 (obs. Huet), rendue dans le contexte d'une action en dommages-intérêts dirigée contre le fabricant, a posé certaines balises à la généreuse disposition en vertu de laquelle la preuve du vice se présume si le médicament aggrave la condition du patient. À ce sujet, voir Anne Laude, «La responsabilité des produits de santé», *D.*, 1999, 18<sup>e</sup> cahier, p. 189. Signalons que le concours de faute entre le médecin, d'autres intervenants du corps médical, l'État et/ou le fabricant est possible : c'est toutefois volontairement que nous les excluons de notre analyse et Fouassier, «Responsabilité», *supra* note 66 aux pp. 302 ss.

raison, par exemple, de pathologies préexistantes. Pour faciliter l'indemnisation, pourrait-on conclure à la qualité de vendeur professionnel du pharmacien, chose somme toute facilitée par la définition contemporaine du vendeur professionnel qu'éclaire l'article 1525, al. 3 C.c.Q.<sup>122</sup>.

En définitive, la responsabilité encourue par le pharmacien sous l'égide de la garantie de qualité demeure théorique, même si le fondement juridique d'une telle responsabilité semble apparaître au gré de l'érosion des immunités traditionnellement conférées aux professionnels. Ces protections contrastent largement avec les solutions (de matrice extracontractuelle, faut-il le préciser) proposées par les «nouveaux» modèles de droit harmonisé issus de l'Union européenne<sup>123</sup> ou des États-Unis<sup>124</sup>, lesquels se montrent en général assez réfractaires à l'idée d'élargir le spectre des débiteurs solidaires aux intermédiaires de marché. Le Québec

122. C'est en ce sens qu'abonde Lamontagne, *ibid.* à la p. 233 : «[d'autres professionnels et] le pharmacien qui vend des produits pharmaceutiques (cachets, etc.) peuvent être considérés comme des vendeurs professionnels spécialisés. Lorsqu'ils aliènent des produits étrangers à leur spécialité, ils agissent comme vendeurs professionnels non spécialisés» (nos italiques) Voir par analogie l'art. 1646 du *Code Napoléon*, interprété de manière similaire par les tribunaux français.

123. CE, *Directive 1985/374/CEE relative au rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres en matière de responsabilité du fait des produits défectueux*, [1985] J.O.C.E. L 210 à la p. 29 [Directive 1985/374/CEE]. En France, parmi beaucoup d'autres auteurs, voir notamment Yvan Markovits, *La directive C.E.E. du 25 juillet 1985 sur la responsabilité du fait des produits défectueux*, Paris, LGDJ, 1990; Geneviève Viney et Patrice Jourdain, «Traité de droit civil» dans Jacques Ghestin, dir., *Les conditions de la responsabilité*, 2<sup>e</sup> éd., Paris, LGDJ, 1998 aux pp. 758 et ss.; Philippe Le Tourneau, *Responsabilité des vendeurs et des fabricants*, Paris, Dalloz, 2004; Yvonne Lambert-Faivre, *Droit du dommage corporel, Systèmes d'indemnisation*, 4<sup>e</sup> éd., Paris, Dalloz, 2000.

124. *American Law Institute, Restatement (Second) of Torts*, 1965, § 402(A) et *Restatement (third) of Torts: Products Liability* (proposed Final Draft Apr. 1, 1997), approuvé en 1997, dont la §6 e) s'applique exclusivement au processus de distribution des produits pharmaceutiques et équipements biomédicaux. Il dispose : *A retail seller or other distributor of a prescription drug or medical device is subject to liability for harm caused by the drug or device if: at the time of sale or other distributor of a prescription drug or medical device contains a manufacturing defect as defined in §2 (a); [ ...].*

doit-il maintenir une solution davantage favorable aux victimes, alors même que sa situation apparaît de plus en plus isolée sur la scène internationale?

Une dernière hypothèse demeure : celle de la responsabilité du pharmacien sous l'égide de la *Loi sur la protection du consommateur*.

### **3.2 L'application de la *Loi sur la protection du consommateur***

Les professionnels sont-ils visés par la L.p.c.? La réponse à cette question d'une apparente banalité mérite d'être nuancée<sup>125</sup>. Si les professionnels n'y sont pas expressément soustraits<sup>126</sup>, en revanche la jurisprudence s'est traditionnellement refusée à les qualifier de commerçants, en niant le caractère lucratif de leur activité professionnelle.

Aujourd'hui, néanmoins, il y a lieu de revoir la notion de «commerçant» à la lumière de la notion corollaire de «consommateur» prévues aux arts. 1 e) de la L.p.c, 1384 et 1525 al. 3 C.c.Q. lesquels consacrent la thèse de la finalité de l'acte plutôt que celle liée à la qualité des parties<sup>127</sup>. Cette hypothèse

---

125. Voir notamment *Office de la protection du consommateur c. Drouin*, (4 août 1977), 235-27-000-412-77 (C.P. Lac Mégantic); *contra* : *Drake Personnel c. Normandin*, [1991] R.J.Q. 1789 (C.Q.) cités par Claude Masse, *Loi sur la protection du consommateur, analyse et commentaires*, Cowansville, Yvon Blais, 1999 [Masse]. Voir généralement L'Heureux, *supra* note 48 aux pp. 32 et ss. Suivant cette disposition, le pharmacien, en tant que vendeur spécialisé, ne saurait renverser la présomption de connaissance du vice dont il est obéré par l'effet de l'article 53 al. 3 : «ni le commerçant, ni le manufacturier ne peuvent alléguer le fait qu'ils ignoraient ce vice ou ce défaut (al. 2)». Voir également Pierre-Claude Lafond, «Contours et ramifications de la «nouvelle» définition du contrat de consommation du Code civil du Québec» (1996) R. du B. 569, qui propose une analyse approfondie des concepts clefs du droit de la consommation au lendemain de l'adoption du C.c.Q.

126. Ceci, contrairement, par exemple, à la section VI : voir en ce sens l'art. 188 i) L.p.c.

127. Voir Masse, *supra* note 125 à la p. 27 et L'Heureux, *supra* note 48 à la p. 30 : «Le contrat de consommation ne porte pas sur les services d'un

naît d'une interprétation exégétique de la loi elle-même, qui n'écarte pas explicitement de son champ d'application la prestation effectuée par le pharmacien dès lors qu'elle s'applique «[...] à tout contrat conclu entre un consommateur et un commerçant dans le cours de son commerce et ayant pour objet un bien ou un service»; elle procède de même de l'extension du domaine de la définition du «consommateur», laquelle semble s'inscrire en faux contre la définition plus traditionnelle que préconisait le *Code civil du Bas-Canada* de 1866<sup>128</sup>. Selon Claude Masse : «La notion d'entreprise que l'on retrouve définie à l'article 1525, al. 3 C.c.Q. englobe la situation du professionnel, de l'artisan et de ce qu'il était convenu de désigner traditionnellement comme le "commerçant"<sup>129</sup>. Toutefois, les problèmes de coordination entre la définition du contrat de consommation que propose d'une part le *Code civil* – à son article 1384 C.c.Q. – et, de l'autre, la L.p.c., ouvrent peut-être la porte à l'élargissement de la notion de commerçant dans le but d'édulcorer l'«immunité» peut-être surannée dont jouissent encore certains professionnels. Il n'est donc pas exclu que la L.p.c. puisse s'appliquer au rapport qu'entretient le client avec le professionnel<sup>130</sup>, et que la définition

---

professionnel régi par le *Code des professions*, en raison du fait que *l'opérateur ne peut être qualifié de commerçant ou n'offre pas ses services dans le cadre d'une entreprise qu'il exploite* [nos italiques].

128. Voir notamment Antonio Perreault, *Traité de droit commercial*, Tome II, Montréal, Albert Lévesque, 1936, qui proposait la définition suivante : «Celui qui exerce des opérations commerciales à l'état professionnel», dont le premier élément connote un but de spéculation et de bénéfice (p. 604). L'auteur s'appuie sur la décision *Roy c. Ellis*, (1898) 7 B. R. à la p. 230, où la distinction est effectuée entre l'activité commerciale et l'exercice d'une profession qui repose sur l'exercice d'un droit ou d'un privilège.

129. Masse, *supra* note 125 à la p. 28.

130. Un embryon de cette interprétation se retrouve dans la jurisprudence, lorsque ce sont les professionnels qui tentent (en vain) de se prévaloir de la L.p.c. en tant que consommateurs. Voir *Mutual Life Assurance Co. c. Vinet*, J.E. 95-967 (C.Q.) à la p. 5 : «Même s'il n'étaient pas en société réelle, les défendeurs constituaient pour le moins une société nominale sous laquelle ils se désignaient [...] ils étaient plus qu'une «personne physique» à s'engager dans le contrat en question.». *Contra*: *Drake personnel c. Normandin*, (09 mai 1991), 500-02-017514-907 (C.Q.), où l'avocate est qualifiée de consommatrice au sens de l'art. 1 e) : «Le professionnel tel que l'avocat recherche évidemment à obtenir de l'argent en échange des services qu'il rend à autrui, mais cela n'en fait pas pour autant un

de commerçant puisse éventuellement s'étendre au pharmacien, parce qu'il «offre de tels biens ou services dans le cadre d'une entreprise qu'il exploite», soit une «activité économique organisée, *qu'elle soit ou non à caractère commercial*, consistant dans la production ou la réalisation de biens, leur administration ou leur aliénation, ou dans la prestation de services»<sup>131</sup> [nos italiques].

C'est peut être en ce sens que les auteurs Bohémier et Côté suggéraient, avant même l'adoption du problématique article 1525, al. 3 C.c.Q., que «[...] si la spéculation venait à prendre trop d'importance pour une profession donnée, les tribunaux pourraient fort bien, à tort ou à raison, faire des distinctions entre les diverses activités d'un professionnel et qualifier certaines d'entre elles comme commerciales»<sup>132</sup>. Ils ajoutent ceci : «Au risque de choquer les oreilles des âmes imbues d'égalitarisme, les gens continuent de croire qu'il y a une différence entre un commerçant et un professionnel»<sup>133</sup>, s'incrimant ainsi en faux contre la *ratio decidendi* quelque peu surannée de l'affaire *Roy c. Ellis*, alors que la Cour du banc de la Reine statuait comme suit : «La profession de commerçant dérive d'un fait, le commerce, et elle

---

commerçant, car on ne retrouve pas, dans l'exécution de ses opérations, une idée de spéculation, ce qui le distingue justement du professionnel qui offre ses services sur une base commerciale [...]» (1792 C.c.Q.).

131. Art. 1525, al. 3 C.c.Q. L'art. 2717 de l'avant projet de Code ajoutait d'ailleurs la locution «même sans but lucratif» : voir Claude Masse, «Protection du consommateur» (1989) 30 C. de D. 834. Selon la Cour d'appel, dans *Federated Insurance Company of Canada c. Galp inc.*, (20 juin 2004), 500-09-012781-027 (C.A.), dans le contexte de la vente du bien d'autrui : «Le *Code civil du Québec* a substitué à la théorie de la commercialité celle de l'entreprise. Il n'est plus fait référence aux affaires commerciales mais aux transactions faites pour le service ou l'exploitation d'une entreprise (notamment les articles 1525, 1745, 1750 et 2221) ou faites dans le cours des activités d'une entreprise [...]. Dans la théorie traditionnelle de la commercialité, on englobait, sous la qualification d'«acte commercial» ou de «matières commerciales», les actes faits par un «commerçant» dans le cours ou pour les fins de son commerce de même que les actes qui avaient pour objet de favoriser les activités de l'entreprise» [nos italiques].

132. Albert Bohémier et Pierre-Paul Côté, *Droit commercial général*, Tome I, 3<sup>e</sup> éd., Montréal, Thémis, 1985 à la p. 32.

133. *Ibid.*

cesse d'elle-même quand le fait n'existe plus, à la différence, par exemple, de la profession d'avocat qui repose sur un droit ou un privilège accordé par la loi et qui subsiste même quand on ne l'exerce pas»<sup>134</sup>. L'hypothèse voulant que les pharmaciens puissent être qualifiés de «vendeurs» dépend en définitive de la nature des opérations effectuées; la difficulté repose sur le fait que le pharmacien est impliqué dans une opération juridiquement hybride qui comporte à la fois la vente d'un produit et la prestation d'un service de soins de santé. Dans certaines circonstances, la vente d'un médicament présenterait un caractère accessoire au regard du rôle plus large de conseiller dévolu au pharmacien, excluant par là l'application de la L.p.c. En outre, l'applicabilité de la L.p.c. aux pharmaciens pourrait fort bien prendre la forme d'une proposition hybride, qui soit plus ou moins tributaire de l'acte effectué par le professionnel – en conformité avec l'esprit finaliste de l'acte posé –, ainsi la vente de médicaments en vente libre pourrait emporter son application, et, à l'inverse, la vente de médicaments sous ordonnance pourrait l'exclure en raison de la prépondérance du volet prestation de soins de santé.

Par analogie, dans le contexte des garanties contractuelles, les tribunaux de *common law* ont adopté le critère de la nature de l'opération juridique (*Essence of the Transaction Test*<sup>135</sup>) afin de qualifier la relation juridique unissant entre elles les parties, faisant prévaloir soit l'exécution d'un contrat de vente, soit la

---

134. *Roy c. Ellis*, (1898) 7 B.R., p. 230. En France, Calais-Auloy et Steinmetz vont jusqu'à ébranler les fondements mêmes du monopole pharmaceutique, en suggérant que le nombre limité de pharmacies ne se justifie plus au regard de l'impératif d'assurer une répartition équitable du territoire ou d'éviter une malsaine concurrence, mais plutôt à la vue du fait que «[...] les pharmaciens d'officine forment un groupe de pression assez puissants pour obtenir des pouvoirs qui favorisent les gens en place, quitte à limiter la concurrence», Jean Calais-Auloy et Frank Steinmetz, *Droit de la consommation*, 6<sup>e</sup> éd., Paris, Dalloz, p. 92.

135. Voir *Porter v. Rosenberg*, 650 So. 2d 79, (1995 Fla. App. Ct.) et Laura Pleicones, «Passing the Essence Test: Health Care Providers Escape Strict Liability for Medical Devices» (1999) 50 S.C.L. Rev. 463.

prestation d'un service<sup>136</sup>. Il en résulte que si la croissance du rôle des pharmaciens à l'intérieur du système de santé tendrait naturellement à rapprocher leur activité professionnelle de la prestation de service, l'aspect plus «mercantile» et impersonnel de la profession pharmaceutique associée à la vente de médicaments en vente libre pourrait militer en faveur de l'applicabilité de la L.p.c. Cette solution aurait le mérite, au vu de l'affaire *Association Pharmaceutique du Québec c. Eaton*, de permettre au consommateur d'intenter l'action en réparation du préjudice causé par un médicament au Québec, suivant les termes des arts. 20 et 21 L.p.c., dès lors que : «Le contrat à distance est réputé conclu à l'adresse du consommateur». Au surplus, elle pourrait faire obstacle à la défense des risques de développement prévue à l'article 1473, al. 2. C.c.Q., dont l'applicabilité en matière contractuelle semble convaincre certains auteurs<sup>137</sup>.

Par delà le fondement juridique de l'action visant à obtenir l'indemnisation du dommage subi par les médicaments, force est toutefois d'observer que c'est dans la procédure, et non dans le droit positif, que se niche la véritable protection des

---

136. Un parallèle peut ici être établi avec les garanties de *fitness* et de *merchantability* nées du droit anglais : cf. *G.H. Myers and Co. v. Brent Cross Service Co.*, [1934] 1 K.B. 46 et *Young & Marten Ltd. v. Mc Manus Child Ltd.*, [1969] 1 A.C. 454 (H.L.). Celles-ci s'appliquent fort mal aux opérations juridiques hybrides, soit celles qui consistent en la vente d'un produit de santé et la prestation d'un service. En *common law* canadienne, voir surtout *Ter Neuzen c. Korn*, [1995] 3 S.C.R. 674 (B.-C.), commentée par Matthew Lewans, «Subjective Tests and Implied Warranties: Prescriptions for Hollis v. Dow Corning and ter Neuzen v. Korn» (1996) 60 Sask L. Rev. 209; S. M. Wexler, «Liability for Medical Products : Comment on ter Neuzen c. Korn and Dow v. Hollis» (1996) 30 U.B.C. L. Rev. 319 et Stephen G. Coughlan et Sudeep Bhattacharjee, «Strict Liability for Medical Products?: When Should Doctors Be Liable» (1994/ 1995) 3 Health Law Review 46.

137. Se pose alors la difficulté de déterminer si le pharmacien pourrait s'exonérer de toute responsabilité en recourant aux risques de développement. À ce sujet, voir surtout et plus largement Nathalie Vézina, «L'exonération fondée sur l'état des connaissances scientifiques et techniques, dite du "risque de développement" : regards sur un élément perturbateur du droit québécois de la responsabilité du fait des produits» dans Pierre-Claude Lafond, dir., *Mélanges Claude Masse, En quête de justice et d'équité*, Cowansville, Yvon Blais, 2003 à la p. 433 et s.

consommateurs. Si «[...] de très nombreux accidents demeurent anonymes parce qu'ils sont individuels»<sup>138</sup>, devons-nous conclure que le recours collectif s'avère alors le véhicule procédural presque nécessaire au succès d'une action fondée sur l'allégation d'un médicament défectueux? Par voie de conséquence, les pharmaciens ne seront que fort rarement interpellés en tant que débiteurs de la garantie de qualité.

## **CONCLUSION**

Le cadre juridique applicable aux pharmaciens demeure flou en raison de l'incertaine interaction entre les institutions de droit civil et de droit commercial pertinentes. Alors qu'une réforme législative n'est ni souhaitable, ni nécessaire, il importe en revanche de poser des balises à l'exercice du pouvoir judiciaire à la lumière des particularités propres à la profession pharmaceutique. Non seulement cet exercice permet-il d'assurer la certitude des règles de droit, mais encore il offre l'avantage d'anticiper les difficultés soulevées par l'adéquation des institutions juridiques traditionnelles au renouveau professionnel des pharmaciens.

Cette étude a mis en évidence que le double rôle du pharmacien est susceptible de faire interagir deux systèmes normatifs qui mettent en relief les obligations dont il est débiteur. Elle s'inscrit dans la réflexion plus large ayant pour objet les conditions de l'indemnisation du préjudice corporel causé par les médicaments, et met en relief les difficultés auxquelles sont confrontées les victimes dans l'exercice de leurs droits. La conclusion milite en faveur de l'irréductible nécessité d'appréhender la responsabilité des pharmaciens en scindant l'analyse entre les médicaments vendus sous ordonnance d'un côté, et ceux vendus en vente libre, de l'autre. Non seulement le parcours déontologique emprunte-t-il lui aussi cette voie, mais encore les institutions du droit civil semblent dicter cette solution

---

138. Denise Nguyen Thanh-Bourgeois, «La sécurité des consommateurs. Réflexions sur l'affaire du talc Morhange» D. 1981 à la p. 87.



à la lumière de la prestation réellement effectuée, soit la distribution des produits, ou la prestation d'un soin de santé. Mais cette solution ne saurait se substituer à l'impératif d'harmoniser les règles préventives de distribution des médicaments (surtout dans le contexte des échanges électroniques) afin de favoriser l'accès aux médicaments sans pour autant réduire le niveau de sécurité auquel s'attendent les consommateurs.

À l'interrogation terminologique posée en introduction, peut-on répondre à l'aide de l'éclairage qu'offre le *Règlement sur les conditions et modalités de vente des médicaments*<sup>139</sup>, alors qu'il utilise la dichotomie entre *patients*, d'un côté, et *clients*, de l'autre, afin de rendre compte de la vente de médicaments vendus sous ordonnance ou sous contrôle pharmaceutique? Bien plus qu'une subtilité linguistique, cette précision de langage rend compte de la double fonction qui échoit au pharmacien, ce professionnel assis entre deux chaises. Avec un auteur, convenons que : «L'espace de la pharmacie est tout entier investi par deux logiques qui ne sont pas nécessairement contradictoires mais dont l'ostensible coexistence dessert et renforce l'une et l'autre. *L'articulation de ces deux dimensions, commerciales et médicinales, inscrit les pratiques dans un paradoxe qui est au cœur et, dans une certaine mesure, à l'origine du sens dans l'officine*»<sup>140</sup> [nos italiques]. Dès lors, force est donc de convenir que la responsabilité civile doit également refléter le caractère hybride de la profession pharmaceutique, à défaut par le législateur de s'attaquer plus spécifiquement à l'indemnisation du préjudice causé par les médicaments.

---

139. *Règlement sur les conditions et modalités de ventes des médicaments*, *supra* note 9. Voyez également le *Règlement sur l'étiquetage des médicaments et des poisons*, *supra* note 9, qui utilise le terme «patient» dans l'énumération des renseignements devant figurer sur l'étiquette des médicaments vendus sous ordonnance médicale.

140. Hilgers, *supra* note 2 à la p. 9.



**RDUS**

# **Revue de DROIT**

**UNIVERSITÉ DE SHERBROOKE**

**Titre :** L'OTAN : VERS UNE CONCEPTION ÉLARGIE DE LA SÉCURITÉ

**Auteur(s) :** Roseline MARILLER-RIBET  
Suzanne LALONDE

**Revue :** RDUS, 2006-2007, volume 37, numéro 2

**Pages :** 331-391

**ISSN :** 0317-9656

**Éditeur :** Université de Sherbrooke. Faculté de droit.

**URI :** <http://hdl.handle.net/11143/11838>

**DOI :** <https://doi.org/10.17118/11143/11838>

*Page vide laissée intentionnellement.*

## L'OTAN : VERS UNE CONCEPTION ÉLARGIE DE LA SÉCURITÉ

par Roseline MARILLER-RIBET\*  
Suzanne LALONDE\*\*

*Les contributions des forces alliées aux opérations militaires menées dans les Balkans, en Méditerranée, en Afghanistan et en Irak témoignent des responsabilités mondiales de plus en plus lourdes qui incombent à l'OTAN. Pour les assumer, l'Alliance s'est lancée dans un processus de transformation et de renouvellement. Cette évolution s'est clairement dessinée au sommet de Washington de 1999 et s'est poursuivie au sommet de Prague de novembre 2002. La refondation complète des structures de l'OTAN représente une nouvelle vision pour l'Organisation et un bouleversement par rapport à l'objectif essentiel original de l'Alliance. La création de cette nouvelle OTAN s'est faite par étapes successives. C'est en grande partie grâce à la mise en place de la Force de réaction de l'OTAN (NRF) et d'une nouvelle structure de commandement que l'OTAN est maintenant en mesure de gérer le nouvel environnement de sécurité et de mener de nouveaux types de missions. L'OTAN a su ainsi s'adapter à ce nouveau contexte stratégique, notamment en acceptant des engagements, d'une part, envers de nouveaux objectifs comme la lutte contre le terrorisme et d'autre part, dans de nouveaux théâtres géographiques comme en Afghanistan, en Irak et au Darfour malgré une transformation en cours de réalisation.*

---

\* . Docteur en droit.

\*\* . Professeure à la Faculté de droit de l'Université de Montréal.

*The contributions of the allied military forces carrying out operations in the Balkans, in the Mediterranean, in Afghanistan and in Iraq are clear illustrations of the increasingly onerous tasks assumed by NATO in various regions of the world. In order to properly fulfill these duties, the Alliance has undertaken a process of transformation and renewal. This trend, initiated at the Washington Summit of 1999, was continued at the Prague Summit of November 2002. The complete reorganization of NATO's structures represents not only a new vision for the Alliance but also a disruption of sorts in light of the original fundamental objective of the Alliance. The setting up of this «new» NATO has been incremental and it is mainly due to the creation of the NATO Response Force and to the introduction of a revised command structure that the Alliance is now able to react to the new security environment and to pursue new types of missions. Consequently, despite the transformation it is presently undergoing, NATO has been able to adapt to the changing strategic context by accepting missions such as the fight against terrorism and by entering new theatres of operation such as Afghanistan, Iraq and Darfour*

(2007) 37 R.D.U.S	<i>L'OTAN : vers une conception élargie de la sécurité</i>	333
-------------------	--	-----

## **SOMMAIRE**

<b>I.</b>	<b>La mise en place de la NRF .....</b>	<b>343</b>
<b>II.</b>	<b>La nouvelle structure de commandement militaire .....</b>	<b>364</b>
<b>III.</b>	<b>Les opérations de l'OTAN .....</b>	<b>368</b>





Le Traité de l'Atlantique Nord, qui constitue le fondement juridique et contractuel de l'Alliance atlantique, a été signé le 4 avril 1949 à Washington par la Belgique, le Canada, le Danemark, les États-Unis, la France, l'Islande, l'Italie, le Luxembourg, la Norvège, les Pays-Bas, le Portugal et le Royaume-Uni<sup>1</sup>. Selon son préambule, l'OTAN, qui est la structure qui permet la réalisation des objectifs de l'Alliance, a été créée pour promouvoir des relations pacifiques et amicales dans toute la zone de l'Atlantique Nord<sup>2</sup>. Il s'agissait en fait de prévenir une guerre contre l'URSS sur le théâtre européen et, si nécessaire, de défendre les membres de l'Alliance contre cette menace<sup>3</sup>. Cette mission a été pleinement accomplie puisque, non seulement, il n'y a pas eu de guerre mais encore, l'Union soviétique a disparu sans conflit armé.

Avec la chute du mur de Berlin et l'effondrement de l'URSS, la disparition de la menace pour laquelle l'OTAN avait été mise en place a laissé croire que l'Organisation n'avait plus de raison d'être<sup>4</sup>. L'OTAN aurait donc dû disparaître<sup>5</sup>. Or, l'Organisation a

1. La Grèce et la Turquie ont signé le Traité le 18 février 1952 et jouent un rôle majeur dans le maintien de la sécurité dans la région euro-atlantique et, en particulier sur le flanc sud de l'OTAN. L'Allemagne a adhéré à l'Organisation le 6 mai 1955. L'Espagne a ratifié le Traité le 30 mai 1982 et a adhéré à la structure militaire intégrée en 1998. La République tchèque, la Hongrie et la Pologne ont rejoint l'OTAN le 12 mars 1999. Le 29 mars 2004, la Bulgarie, l'Estonie, la Lettonie, la Lituanie, la Roumanie, la Slovaquie et la Slovénie sont officiellement devenus membres de l'Organisation du Traité de l'Atlantique Nord.
2. OTAN, *Manuel de l'OTAN*, 3<sup>e</sup> éd., Bureau de l'information et de la presse de l'OTAN, Bruxelles, 2005 p. 23 [OTAN, «Manuel de l'OTAN»].
3. *Ibid.*
4. Michael E. Brown, «NATO at Fifty: Minimalist NATO: A Wise Alliance Knows When to Retrench» (1999) 78:3 Foreign Affairs 204 à la p. 204; Frédéric Bozo, «De la bataille des euromissiles à la guerre du Kosovo: l'Alliance atlantique face à ses défis (1979-1999)» (1999) 64 Politique étrangère 587 à la p. 592; Commission politique, «Les nouveaux défis pour la coopération transatlantique en matière de sécurité» (11 mars 2007), en ligne : assemblée interparlementaire européenne de sécurité et de défense <<http://www.assembly-weu.org>>.
5. Le Pacte de Varsovie, qui était son corollaire, avait disparu tout comme d'autres traités qui avaient été conclus après la Seconde Guerre mondiale. Il en avait été ainsi de l'Otase (Organisation du Traité de l'Asie du Sud-est, 1945-1977) qui regroupait dans une alliance militaire les

survécu et cela peut s'expliquer par plusieurs raisons. Tout d'abord, les organisations internationales ont tendance à vouloir préserver leur existence<sup>6</sup>. Ensuite, la disparition de l'Union soviétique n'a pas fait pour autant disparaître la menace russe<sup>7</sup> et des risques de désordre persistent<sup>8</sup>. Enfin, une autre raison réside dans l'incapacité de l'Europe à s'assumer, sur les plans militaire et géostratégique, depuis la fin de la Seconde Guerre mondiale. L'Europe, du fait de son insuffisance à donner une dimension crédible à ses capacités militaires, a créé un vide géopolitique laissant une place pour l'OTAN

D'autres causes circonstancielles, telles que les attentats du 11 septembre 2001, l'influence des néo-conservateurs à Washington<sup>9</sup> ou les politiques étrangères des différents membres de l'Alliance<sup>10</sup>, ont permis à l'OTAN de se maintenir. L'annonce de

---

États-Unis, l'Australie, la Nouvelle-Zélande, la Thaïlande, les Philippines, la France et la Grande-Bretagne.

6. Patrick Daillier, Alain Pellet et Nguyen Quoc Dinh, *Droit international public*, 7<sup>e</sup> éd., Paris, L.G.D.J., 2002 à la p. 583.
7. Michael O'Hanlon, «Transforming NATO: The Role of European Forces» (1997) 39:3 *Survival* 5 à la p. 13.
8. Bien que des progrès aient été accomplis en matière de politique intérieure concernant l'État de droit, les institutions publiques et la société civile, des lacunes importantes subsistent, notamment dans les domaines de l'application de la loi, du fonctionnement du système judiciaire et de l'indépendance de l'information. La pauvreté est toujours omniprésente et des réformes économiques sont nécessaires. De plus, les problèmes de corruption et de crime organisé n'ont pas été réglés. Robert E. Hunter, «NATO at Fifty: Maximizing NATO: A Relevant Alliance Knows How to Reach» (1999) 78:3 *Foreign Affairs* 190 à la p. 199. Enfin, les relations tendues que la Russie entretient avec la Tchétchénie ou l'épisode tragique de la prise d'otages de Beslan, montrent que la Russie connaît une fragilité dans le domaine de sa politique intérieure mais elle dispose toutefois toujours de moyens pour influencer la situation de ses voisins aux frontières sud et ouest.
9. Pour les néoconservateurs, les mesures de sécurité collective ont échoué, les organisations internationales sont dominées par des États ennemis des États-Unis et le Conseil de sécurité n'est pas capable de faire respecter ses résolutions. Anatole Lieven, «La marche vers la guerre» (2003) 123 *Le Débat* 4 à la p. 4-14.
10. En tant que partenaire privilégié des États-Unis, le Royaume-Uni a toujours été particulièrement lié à l'OTAN. L'Allemagne est prise entre son attachement à l'OTAN et son désir de jouer un rôle dans l'élaboration

la mort de l'Alliance atlantique était donc prématurée. La question est devenue celle de savoir comment transformer une alliance créée il y a 57 ans et dont le ciment était constitué par la volonté collective d'établir un rempart face à l'URSS, en une organisation militaire capable d'affronter les nouvelles menaces que sont le terrorisme international et la prolifération des armes de destruction massive (ADM).

L'Alliance a commencé cette transformation lors de l'adoption, au sommet de Rome du 8 novembre 1991<sup>11</sup>, d'un nouveau concept stratégique<sup>12</sup>. Il était nécessaire d'adapter l'Alliance atlantique à l'ère nouvelle qui s'était ouverte en Europe. Ce concept proposait une approche large de la sécurité, fondée sur le dialogue, la coopération et le maintien d'un potentiel de défense collective. Ce document considérait les difficultés économiques, sociales et politiques, les rivalités ethniques et la prolifération des armes de destruction massive comme de nouvelles menaces et précisait que «la sécurité de l'Alliance doit aussi s'envisager dans un contexte global»<sup>13</sup>. Il évoquait aussi les deux conclusions à tirer de l'effondrement de l'URSS : «La première, est que la nouveauté

---

d'une politique européenne de défense. La France, quant à elle, défend plus que tout autre État européen la mise en place d'un système de défense européen indépendant de l'OTAN, mais est consciente de l'importance de cette dernière dans un système de sécurité collective. Ces différentes prises de position ne sont pas nouvelles et le manque d'accord entre les principaux États européens a ainsi freiné la mise en œuvre d'un système concurrent et permis le maintien de l'OTAN. Alyson Bailes, «Europe's Defense Challenge» (1997) 76:1 Foreign Affairs 15 p. 16; Karl-Heinz Kamp, «A Global Role for NATO?» (1999) 22:1 The Washington Quarterly 7 à la p. 8.

11. Communiqué final, Déclaration de Rome sur la paix et la coopération, publiée par les chefs d'État et de gouvernement participant à la réunion de Conseil de l'Atlantique Nord, 7 et 8 novembre 1991, «Déclaration de Rome sur la paix et la coopération» (11 mars 2007), en ligne : OTAN <[www.nato.int/doc/commf/c9111071.htm](http://www.nato.int/doc/commf/c9111071.htm)>.
12. Les dirigeants alliés y plaidaient pour faire de l'Alliance un «agent du changement» et établissaient une feuille de route pour la transformation de l'OTAN de l'après-guerre froide. L'Alliance a poursuivi ce but avec les sommets de Madrid en 1997, de Washington en 1999, de Prague en 2002 qui sont des étapes de l'adaptation et de la transformation de l'Alliance.
13. «Le Concept stratégique de l'Alliance» (11 mars 2007), en ligne : OTAN <<http://www.nato.int/docu/pr/1999/p99-065f.htm>>.

de cet environnement n'affecte ni l'objet ni les fonctions de sécurité de l'Alliance, mais en fait ressortir la permanente validité. La seconde, est que ce nouvel environnement offre en revanche à l'Alliance de nouvelles occasions d'inscrire sa stratégie dans le cadre d'une conception élargie de la sécurité<sup>14</sup>. Les conclusions adoptées à Rome prévoyaient une dépendance moindre à l'égard des armes nucléaires et des changements concernant les forces intégrées de l'OTAN, comme des réductions de leur taille et de leur niveau de préparation, des améliorations de leur mobilité et un plus large recours aux formations multinationales.

Ces prises de position ont inspiré les changements intervenus dans le concept stratégique de 1991 et la structure des forces<sup>15</sup>. Le dispositif de l'Alliance a été modifié. Il s'agissait de diminuer le volume global des forces, de créer une force de réaction rapide et de faire reposer le dispositif de défense collective sur la formation d'unités multinationales. La rénovation de l'OTAN a aussi conduit au développement de la coopération avec les nouveaux partenaires d'Europe centrale et orientale, par la mise en place de divers appendices et antennes (Partenariat pour la paix<sup>16</sup>, Conseil conjoint permanent OTAN-Russie de 1997 puis le Conseil OTAN - Russie<sup>17</sup>, la Charte OTAN - Ukraine<sup>18</sup>, le Dialogue

---

14. *Ibid.*

15. Bob van den Bos, *Can Atlanticism Survive? The Netherlands and the New Role of Security Institutions*, La Hague, Clingendael Institute, 1992 à la p. 64.

16. L'OTAN a proposé aux anciens membres du Pacte de Varsovie de créer un cadre dans lequel instaurer des relations de confiance par la coopération. Ainsi est né en 1994, le Partenariat pour la paix (PPP), instrument de coopération entre l'OTAN et ses partenaires (Europe centrale et orientale, Caucase du Sud, Asie centrale, pays européens neutres et non alignés : Suisse, Autriche, Finlande, Irlande et Suède), «Le Partenariat pour la paix» (11 mars 2007), en ligne: OTAN <<http://www.nato.int>>; Hunter, *supra* note 8 à la p. 193.

17. L'Acte fondateur sur les relations, la coopération et la sécurité mutuelles entre l'OTAN et la Fédération de Russie a été approuvé par le Conseil de l'Atlantique Nord, le 16 mai 1997. Partant du principe que la sécurité de tous les États de la communauté euro-atlantique est indivisible, l'OTAN et la Russie ont décidé de travailler ensemble pour contribuer à l'instauration en Europe, d'une sécurité commune et globale, fondée sur l'adhésion à des valeurs, engagements et normes de comportement

méditerranéen<sup>19</sup>, le Conseil de partenariat euro-atlantique (CPEA)<sup>20</sup> qui a succédé au Conseil de coopération nord atlantique (CCNA)<sup>21</sup> et l'Identité européenne de sécurité et de défense

---

communs dans l'intérêt de tous les États. Le Conseil conjoint permanent offre un mécanisme de consultation, de coordination, de décision conjointe et d'action conjointe sur les questions de sécurité d'intérêt commun. Acte fondateur sur les relations, la coopération et la sécurité mutuelles entre l'OTAN et la Fédération de Russie, Paris, 27 mai 1997, «Acte fondateur sur les relations, la coopération et la sécurité mutuelles entre l'OTAN et la Fédération de Russie» (11 mars 2007), en ligne: OTAN <[www.nato.int/docu/fonda/actfnd-a.htm](http://www.nato.int/docu/fonda/actfnd-a.htm)>.

Le 28 mai 2002, les chefs d'État et de gouvernement des États membres de l'Organisation du Traité de l'Atlantique Nord et de la Fédération de Russie, ont signé une déclaration intitulée «Les relations OTAN-Russie : une qualité nouvelle», par laquelle est créé un nouvel organisme, le Conseil OTAN-Russie. Le Conseil OTAN-Russie constitue, pour les États membres de l'OTAN et la Russie un mécanisme de consultation, d'établissement de consensus, de coopération, de décision et d'action conjointes sur toute une gamme de questions de sécurité dans la région euro-atlantique. «Le sommet OTAN-Russie du 28 mai 2002, une nouvelle donne pour les relations euro-atlantiques?» (11 mars 2007), en ligne: Groupe de recherche et d'information sur la paix et la sécurité <[www.grip.org](http://www.grip.org)>.

18. La Charte de partenariat spécifique entre l'OTAN et l'Ukraine, signée au sommet de Madrid le 9 juillet 1997, offre aux deux parties de nouvelles occasions de se consulter et de coopérer sur les problèmes politiques et de sécurité. Donald McConnell, «La Charte aidera l'Ukraine à retrouver sa juste place en Europe» (11 mars 2007), en ligne: OTAN <<http://www.nato.int>>.
19. Lancée fin 1994, l'initiative de l'OTAN en Méditerranée, le Dialogue méditerranéen montre l'importance des questions de sécurité en région méditerranéenne. Le Dialogue méditerranéen n'est pas un programme de coopération militaire, mais un forum politique qui doit permettre de promouvoir l'Alliance atlantique auprès de ces pays, de débattre des questions de sécurité et d'encourager la confiance et la stabilité régionale. *Ibid.*
20. Le Conseil de partenariat euro-atlantique (CPEA) a remplacé le CCNA en mai 1997. Son but est de lancer une nouvelle phase de coopération. Sergio Balanzino, « Un partenariat plus poussé, clé de la stabilité à long terme en Europe » (1997) 45 : 4 Revue de l'OTAN 10.
21. Le Conseil de coopération nord-atlantique (CCNA) avait pour but de développer le partenariat et la coopération avec les pays d'Europe centrale et orientale, et avait ainsi donné corps au concept d'une communauté euro-atlantique allant de Vancouver à Vladivostok. Bruno

(l'IESD)<sup>22</sup>). Le développement de ces enceintes de concertation avec les pays de l'Est a, certes, compliqué l'organigramme de l'OTAN<sup>23</sup> mais a prouvé aussi que l'OTAN est toujours présente et active sur tous les fronts<sup>24</sup>. En se dotant d'une nouvelle mission de prévention et de gestion des crises, l'OTAN a pu participer aux activités de maintien de la paix en ex-Yougoslavie en 1995 par le biais de l'IFOR puis de la SFOR<sup>25</sup>.

---

Colson, *Europe. Repenser les alliances*, Paris, ISC-Économica, 1994, à la p. 124.

22. En 1996, les ministres des Affaires étrangères de l'OTAN réunis à Berlin, ont décidé de développer l'Identité européenne de sécurité et de défense (IESD) au sein de l'Alliance. Cette décision visait à donner aux Alliés européens les moyens de contribuer de façon plus cohérente et efficace aux missions et activités de l'Alliance; de renforcer le partenariat transatlantique et de permettre aux mêmes Alliés européens d'agir seuls, le cas échéant. L'IESD devait symboliser «la création d'un relais stratégique européen au sein même de l'Alliance». Nicole Gnesotto, *La puissance et l'Europe*, Parsi, Presses de Sciences Po, 1998 à la p. 50.
23. Paul Cornish, «L'OTAN à l'aube du nouveau millénaire : de nouvelles missions, de nouveaux membres... une nouvelle stratégie?», (1997) 45:5 *Revue de l'OTAN* 21 à la p. 21-24.
24. Pour Bruno Colson, la réforme de l'OTAN initiée en 1991 s'est faite «pour que le leadership américain en ressorte consolidé». Colson, *supra* note 21 à la p. 136.
25. Les accords de Dayton de 1995 avaient prévu la mise en place d'une force multinationale de mise en œuvre de la paix, créée ensuite par la Résolution 1 031 du Conseil de sécurité de l'ONU. Cette force, dénommée *Implementation Force* (IFOR), composée de 60 000 hommes, a été constituée par l'OTAN pour agir sous l'autorité, la direction et le contrôle politique du Conseil de l'Atlantique Nord (...), via la chaîne de commandement de l'OTAN. La mission de l'IFOR, déployée le 20 décembre 1995 dans le cadre de l'opération *Joint Endeavour*, a d'abord consisté à imposer la cessation des hostilités et à séparer les belligérants. Puis, sous couvert d'un mandat de l'ONU, l'OTAN a décidé la création d'une force de stabilisation (SFOR) pour prendre, par l'opération *Joint Guard*, le relais de l'IFOR à la fin de l'opération *Joint Endeavour*, le 20 décembre 1996. Les missions militaires ont pour objet de dissuader toute reprise des combats, d'assurer la protection et la liberté de mouvement de la force, de contrôler et de faire respecter les aspects militaires de l'accord de paix. Il lui revient également de sécuriser l'environnement au profit des organisations civiles, internationales et nationales, d'être à même d'intervenir rapidement sur le théâtre en cas d'incident. La SFOR réunit 35 000 hommes, soit la contribution de 15 nations membres de l'OTAN et de 17 États non membres dont la Russie. Comme l'IFOR, la

Le sommet de Madrid de 1997<sup>26</sup> représente une autre étape majeure de l'histoire de la transformation de l'Alliance, avec l'invitation à entamer des pourparlers d'adhésion à l'OTAN de trois anciens membres du Pacte de Varsovie : la Pologne, la Hongrie et la République tchèque<sup>27</sup>. À Madrid, les chefs d'État et de gouvernement de l'OTAN ont affirmé que l'OTAN devait rester ouverte à de nouveaux membres, conformément à l'article 10 du Traité de l'Atlantique Nord.

De même, l'année 1999 a été marquante pour l'OTAN puisque, d'une part, l'Alliance a confirmé sa prééminence en tant qu'acteur dans la gestion des crises en intervenant au Kosovo en 1999<sup>28</sup> et, d'autre part, elle a adopté un nouveau concept stratégique lors du sommet de Washington<sup>29</sup>. Différents documents ont été approuvés lors du sommet dont le Communiqué final, un document politique qui a défini le cadre des relations entre l'OTAN et l'UE. Le nouveau Concept stratégique a aussi défini la mise en œuvre de la stratégie de l'Alliance sur le plan militaire et fixe les missions militaires de l'Alliance, notamment la nouvelle mission de gestion des crises. Le Plan d'action pour l'adhésion des nouveaux pays candidats, quant à lui, a précisé les conditions à remplir pour adhérer à l'Alliance. Enfin, l'Initiative sur les capacités de défense a cherché à donner à l'Alliance les capacités militaires nécessaires qui lui font défaut pour la gestion des crises.

---

SFOR agit sur décision du Conseil de l'Atlantique Nord. William R. Phillips, «La coopération civilo-militaire, élément essentiel à la mise en œuvre de la paix en Bosnie» (1998) 46 : 1 *Revue de l'OTAN* 22 à la p. 22-25.

26. «Déclaration de Madrid sur la sécurité et la coopération euro-atlantiques» (11 mars 2007), en ligne : OTAN <<http://www.nato.int>>.

27. O'Hanlon, *supra* note 7 à la p. 5.

28. «Déclaration sur le Kosovo» (11 mars 2007), en ligne : OTAN <<http://www.nato.int>>.

29. «Déclaration de Washington» (11 mars 2007), en ligne : OTAN <<http://www.nato.int>>; Karl-Heinz Kamp, «L'OTAN après le Kosovo : ange de paix ou gendarme du monde ?» (1999) 64 : 2 *Politique étrangère* 245 aux p. 246-251.

Après avoir rempli avec succès la mission pour laquelle elle avait été créée, l'Alliance s'est donc trouvée confrontée à de nouveaux risques et défis dans un environnement sécuritaire international en constante évolution. D'organisation de défense lors de sa création, l'OTAN a réussi à se transformer en une organisation de défense et de sécurité collective en 1999<sup>30</sup> puis à une organisation antiterroriste<sup>31</sup>. Les États-Unis sont les principaux acteurs de l'évolution de l'Alliance.

Selon eux, l'OTAN ne devrait pas uniquement servir à défendre l'intégrité territoriale de ses membres, mais également à lutter contre le terrorisme et à mener des interventions humanitaires en dehors de son territoire. Bien que la défense collective demeure l'objectif premier de l'OTAN, réaffirmé lors de chaque sommet, les missions relevant de cette responsabilité sont très différentes de celles que l'Alliance avait prévues pendant la Guerre froide<sup>32</sup>. Les opérations conduites en Bosnie-Herzégovine et au Kosovo ont en effet déplacé le centre de gravité de l'OTAN de la défense collective vers la gestion des crises et elles ont permis à l'Organisation atlantique de s'affranchir du dogme de la zone de

- 
30. La première intervention de l'OTAN dans le domaine de la sécurité collective est apparue dans le communiqué final de la réunion ministérielle d'Oslo, le 4 juin 1992. Les Alliés se déclaraient prêts à soutenir «les activités de maintien de la paix entreprises sous la responsabilité de la CSCE, y compris en mettant à disposition les ressources et les compétences de l'Alliance». «Communiqué Final» (11 mars 2007), en ligne : OTAN <<http://www.nato.int/docu/commf/c9206041.htm>>. Le sommet de Washington du 24 avril 1999 a marqué une étape importante dans la rénovation de l'Alliance. Le nouveau concept stratégique adopté à cette occasion a défini la mise en œuvre de la stratégie de l'Alliance sur le plan militaire et fixé les nouvelles missions de gestion des crises. Javier Solana, «Un moment déterminant pour l'OTAN : les décisions du sommet de Washington et la crise du Kosovo» (1999) 47 : 2 *Revue de l'OTAN* 3 à la p. 4.
31. L'OTAN a mené l'opération *Active Endeavour* qui est l'une des premières opérations contre le terrorisme. Des navires et des avions alliés contribuent à la guerre contre le terrorisme en effectuant des patrouilles maritimes en Méditerranée et des arraisonnements autorisés de navires présumés terroristes. «Opération Active Endeavour» (11 mars 2007), en ligne : OTAN <<http://www.nato.int>>.
32. Ian Brzezinski, «L'OTAN : une alliance en cours de transformation» (11 mars 2007), en ligne : U.S. Department of State <[www.usinfo.state.gov](http://www.usinfo.state.gov)>.



responsabilité et de compétence. Les contributions des forces alliées aux opérations militaires menées dans les Balkans, en Méditerranée, en Afghanistan et en Irak témoignent aussi des responsabilités mondiales de plus en plus lourdes qui incombent à l'OTAN<sup>33</sup>.

Pour les assumer, l'OTAN s'est lancée dans un processus de transformation et de renouvellement. Cette évolution s'est clairement dessinée au sommet de Washington et s'est poursuivie au sommet de Prague de novembre 2002. La transformation de l'Alliance induit une refondation complète de ses structures. Elle représente une nouvelle vision pour l'OTAN et un bouleversement par rapport à l'objectif essentiel original de l'Alliance. La menace ayant changé, il est devenu nécessaire de restructurer les forces armées de l'Alliance et comme le souligne l'ancien secrétaire général de l'OTAN, Lord Robertson : «Nous transformons notre Alliance afin qu'elle reste un élément central de la lutte contre les menaces du XXI<sup>e</sup> siècle, en particulier le terrorisme et les armes de destruction massive»<sup>34</sup>. La mise en place de cette nouvelle OTAN s'est faite par étapes successives. Le processus de transformation entamé depuis les années 90 a connu deux moments déterminants avec les sommets de Prague en 2002 et d'Istanbul en 2004, qui ont mené à la mise en place de la Force de réaction de l'OTAN (NRF) et d'une nouvelle structure de commandement. C'est en grande partie grâce à ces deux innovations que l'OTAN est maintenant en mesure, tel qu'il en sera discuté dans la partie II de l'article, d'affronter le nouvel environnement de sécurité et de mener de nouveaux types de missions.

## **I. La mise en place de la NRF**

Décidée lors du sommet de Washington en 1999, la transformation de l'Alliance s'est poursuivie et adaptée lors du

---

33. Virginie Sandroock, Aude Le Calve, «Les clefs de l'OTAN» (2005) 297 Armées d'aujourd'hui 36.

34. Discours de Lord Robertson au Sommet informel de l'OTAN à Varsovie, le 24 septembre 2002, <http://www.shape.nato.int/docu/update/2002/09-september/f0924a.htm>.

sommet de Prague<sup>35</sup>. Elle induit une refondation complète de ses structures, qui passe par la mise en place d'un nouveau concept : la Force de réaction de l'OTAN (FRO ou *Nato Response Force NRF*).

Le sommet de Prague a posé les jalons de plusieurs initiatives décisives en matière de transformation militaire. Les enjeux du sommet de Prague étaient l'invitation pour sept États<sup>36</sup> d'entamer des négociations d'adhésion<sup>37</sup>, l'acquisition de nouvelles capacités, et la création de nouveaux partenariats et le renforcement de ceux existants<sup>38</sup>. L'une des décisions les plus notables de ce sommet fut celle des chefs d'État et de gouvernement de créer une force de réaction de l'OTAN (NRF). Cette création correspond à l'un des objectifs du processus de transformation initié à Prague. La NRF est, à l'origine, une proposition émanant de l'administration américaine, présentée lors d'une réunion informelle des ministres de la défense de

---

35. Lionel Crochard, «Le Sommet de l'OTAN, Prague 2002» (2003) 4 Défense nationale et sécurité collective 8.

36. Il s'agit de la Bulgarie, l'Estonie, la Lettonie, la Lituanie, la Roumanie, la Slovaquie et la Slovénie. L'adhésion de l'Albanie et de la Macédoine a été repoussée à une date ultérieure.

37. Avec l'arrivée des nouveaux membres, la population de l'Alliance passe de 735 millions à 839 millions (soit un accroissement de 14%), les forces armées d'active augmentent de 16%; les contingents de réserve augmentent considérablement; les PECO apportant 1 714 700 hommes supplémentaires (soit un accroissement de 45%); le budget militaire de l'Alliance n'enregistrera lui, que 1,5% de hausse. Peter Sandor, «Prague : le sommet de la transformation de l'OTAN» (11 mars 2007), en ligne: Synthèse n°69 <[www.robert-schuman.org/synth69.htm](http://www.robert-schuman.org/synth69.htm)>.

38. Au sommet de Prague, l'OTAN a cherché à approfondir et à renforcer ses partenariats dans le cadre du Conseil de partenariat euro-atlantique (CPEA) qui constitue le cadre général de la coopération de l'OTAN avec ses partenaires d'Europe centrale et orientale; du Caucase et d'Asie centrale; de la Charte OTAN-Ukraine; du Dialogue méditerranéen en élargissant les dimensions politiques et pratiques; du partenariat OTAN-Union européenne sur des questions d'intérêt commun liées à la sécurité, la défense et la gestion des crises et du Conseil OTAN-Russie. Alberto Bin, «Le renforcement du Dialogue méditerranéen de l'OTAN» (11 mars 2007), en ligne: Revue de l'OTAN <<http://www.nato.int/docu/review/2003/issue1/french/art4.html>>.

l'Alliance à Varsovie, le 22 septembre 2002<sup>39</sup> et adoptée par les chefs d'État et de gouvernement des pays membres, au sommet de Prague. Ce projet s'inscrit dans la stratégie adoptée par l'administration américaine, à la suite des événements du 11 septembre 2001, de combattre à l'échelle planétaire le terrorisme et la menace des armes de destruction massive et de terreur, détenues ou en voie de l'être par des États «voyous». La stratégie de sécurité nationale prévoit la mise à disposition d'outils militaires adéquats, rapides, flexibles et interarmées, tels que la NRF.

Pendant la Guerre froide, l'Alliance se concentrait sur la masse et la puissance de feu. Mais les menaces actuelles nécessitent des forces souples, proactives et manœuvrables. Pour cela, les Alliés doivent poursuivre la réforme de leurs armées afin de pouvoir les mettre à disposition de la NRF pour des missions pour lesquelles celles-ci devront être rapidement déployées dans n'importe quelle région du monde, et assurer leur capacité de soutien sur le terrain. La NRF correspond au besoin de l'OTAN de disposer d'une force interarmées multinationale hautement performante, capable de réagir à très bref délai.

La NRF a pour objectif de permettre à l'Alliance de faire face aux nouvelles menaces du XXI<sup>e</sup> siècle, et de pouvoir réagir à l'intérieur comme à l'extérieur de la zone d'intervention de l'Alliance<sup>40</sup>. La NRF doit être : «souple, déployable, interopérable et

---

39. Sommet informel de l'OTAN à Varsovie, le 24 septembre 2002, «Réunis à Varsovie, les ministres de la défense centrent leur réflexion sur la transformation de l'OTAN» (11 mars 2007), en ligne: OTAN <<http://www.nato.int>>.

40. Le Général Haral Kujat, président du Comité militaire de l'OTAN, lors d'un séminaire de l'OTAN, *Open Road*, organisé au SACLANT (Norfolk, États-Unis) en janvier 2003, a souligné, que «[...] la Force de réaction de l'OTAN est le vecteur privilégié sur lequel devra se concentrer le processus de transformation, car cette innovation fournira à l'OTAN une arme équilibrée, apte à exécuter toute la gamme de ses missions. Elle constitue à ce titre le point de ralliement pour tous les membres de l'Alliance et c'est ainsi qu'elle doit être perçue. Mais notre objectif ne s'arrête pas à la FRO. Nous devons transformer toutes nos forces et leurs capacités. Les États-Unis doivent être présents sur un pied d'égalité avec

apte à soutenir des opérations prolongées et qui comportent des éléments terrestres, maritimes et aériens prêts à se transporter rapidement partout où il le faudra», selon la décision du Conseil.<sup>41</sup> La Force de réaction de l'OTAN doit servir de catalyseur permettant de cibler et d'améliorer les capacités militaires de l'Alliance. Elle s'intègre dans le processus de transformation des structures militaires de l'Alliance, en cours depuis les années 1990 et rendu indispensable par les changements stratégiques et géopolitiques intervenus en Europe, tels que l'évolution de la situation en Russie et les nouvelles zones d'instabilité dans les Balkans.

Cette force<sup>42</sup>, dont l'effectif est estimé à 21 000 soldats, se compose tout d'abord de moyens aériens qui doivent pouvoir gérer au moins 200 sorties par jour, en assurant une capacité de projection rapide, en menant des missions aériennes classiques telles que des missions de combat, de surveillance, d'interdiction ou de ravitaillement et des missions de transport stratégique. Ensuite, la composante terrestre doit permettre le déploiement d'une force de la taille d'une brigade (5 000 soldats environ), capable d'exécuter tous types de missions terrestres dans un grand nombre de scénarios et de localisations géographiques<sup>43</sup>.

---

leurs partenaires dans le processus de transformation de l'Alliance. Cela implique naturellement qu'ils doivent participer à son noyau commun, la FRO, mais aussi à chacune des facettes du processus de transformation. Autrement dit, ils doivent faire partie du couteau de l'OTAN, de son manche et de sa lame [...]» «Séminaire de haut niveau sur la transformation militaire de l'OTAN» (11 mars 2007), en ligne : OTAN <<http://www.nato.int/docu/update/2003/01-january/f0120a.htm>>.

41. «Nous avons donné des instructions pour que soit élaboré un concept global d'emploi de cette force, qui atteindra sa capacité opérationnelle initiale dès que possible, mais au plus tard en octobre 2004, et sa capacité opérationnelle finale au plus tard en octobre 2006». «Déclaration du sommet de Prague, les 21 et 22 novembre 2002» (11 mars 2007), en ligne: OTAN <<http://www.nato.int>>.

42. «La Force de réaction de l'OTAN : au centre de la transformation de l'OTAN» (11 mars 2007), en ligne : OTAN <<http://www.nato.int>>.

43. Cette composante doit inclure des éléments lourds, légers et aéroportés. Les moyens sont très divers et incluent l'artillerie, le soutien aérien, le génie, les forces spéciales, la logistique et la manutention, les communications, la défense antiaérienne, la défense contre la menace

Enfin, les forces navales de la taille maximale d'une force navale permanente de l'OTAN<sup>44</sup>, doivent conduire une gamme variée de missions maritimes telles que le transport stratégique, l'escorte, la lutte anti-sous-marine et anti-mine, la défense antiaérienne et l'attaque à terre. Cette force peut également être une composante initiale d'un dispositif du niveau d'un corps d'armée (soit 100 000 hommes) appelé HRF (*High Readiness Force*).

La Force de réaction est composée des meilleures unités nationales, les mieux équipées et les mieux entraînées<sup>45</sup>. C'est une force interarmées, entraînée et «certifiée» O.T.A.N.<sup>46</sup>, dont le degré de disponibilité et de préparation est élevé, et qui peut agir de manière autonome ou préparer l'arrivée d'autres forces. Elle doit disposer de sa propre logistique, de capacités de commandement et de contrôle, être capable de rester sur le terrain au moins 30 jours (en attendant le ravitaillement ultérieur) et aussi d'agir en tant que force de combat offensive. Un niveau élevé de préparation nécessite que les personnels soient très bien entraînés, bien équipés, prêts à intervenir et à partir rapidement en cas de crise.

---

chimique, biologique, radioactive et nucléaire, le transport, les capacités civilo-militaires, la police militaire, les services sanitaires et l'information. «Exercice de déploiement de la Force de réaction de l'OTAN» (11 mars 2007), en ligne : OTAN <<http://www.nato.int>>.

44. La force navale opérationnelle doit inclure un groupe aéronaval complet c'est-à-dire des unités de combat, de surface ou sous-marines, des forces amphibies, des forces antimines et de soutien. «*Briefing* : améliorer les capacités pour répondre à de nouvelles menaces» (11 mars 2007), en ligne : OTAN <<http://www.nato.int>>.

45. Au niveau des unités terrestres, de grandes unités européennes ont été déclarées disponibles tant pour l'OTAN que pour l'UE comme le Corps de réaction rapide du Commandement allié en Europe (ARRC), essentiellement britannique, le Corps européen (Eurocorps) et le Corps germano-néerlandais. «L'Eurocorps se prépare pour la NRF 7» (11 mars 2007), en ligne : mil.be <<http://www.mil.be/def/news/index.asp?LAN=fr&ID=391>>.

46. Des normes et procédures pour la certification de la NRF ont été établies. Elles fixent des critères pour la certification, la soutenabilité à long terme et l'amélioration de la qualité générale, des capacités et de l'état de préparation de la NRF.

La NRF est un moyen de doter l'OTAN de capacités spéciales ultrasophistiquées destinées à l'ensemble des missions de l'Alliance<sup>47</sup>, les Alliés fournissant des forces en vertu d'un système de rotation de six mois. Après s'être entraînée pendant cette période, la NRF reçoit une certification aux normes les plus élevées, particulièrement en ce qui concerne les capacités et l'interopérabilité. Elle est alors disponible sur appel pendant six mois. Ces éléments de force sont ensuite remplacés par de nouvelles troupes fournies sur une base volontaire, qui formeront un nouveau prototype. Ces troupes suivent un programme d'entraînement semblable et sont disponibles sur appel, pour la même période, avant d'être remplacés par d'autres forces une fois le cycle terminé. Tous les pays membres de l'OTAN souscrivent à ce système de rotation qui apporte des avantages majeurs aux troupes concernées, en leur fournissant l'expérience d'un entraînement spécial et l'intégration dans une force dont l'état de préparation répond aux normes les plus élevées<sup>48</sup>. Le lancement de la NRF est accompagné par une nouvelle initiative en matière d'équipements, l'Engagement capacitaire de Prague<sup>49</sup>.

---

47. Lors de la réunion ministérielle du Comité des plans de défense de l'OTAN, les ministres de la Défense se sont réjouis du fait que la plupart des Alliés restructurent «[...] leurs forces pour en réduire la taille et les rendre plus souples, plus modernes et plus efficaces pour la gamme complète des missions de l'Alliance». Toutefois, alors que, pour la première fois depuis longtemps, une grande partie des Alliés prévoit d'accroître ou de maintenir le financement de la défense, les budgets de la Défense ne permettent toujours pas de répondre aux besoins essentiels de restructuration et de modernisation des armées nationales. «Communiqué final : Réunion du Comité des plans de défense et du Groupe des plans nucléaires en session ministérielle tenue à Bruxelles le 12 juin 2003» (11 mars 2007), en ligne : OTAN <<http://www.nato.int>>.

48. «La force de réaction de l'OTAN; Au centre de la transformation de l'OTAN» (11 mars 2007), en ligne : OTAN <<http://www.nato.int>> [*La force de réaction de l'OTAN*].

49. Les chefs d'État et de gouvernement de l'Alliance ont décidé, lors du sommet de Prague de décembre 2002, d'un ensemble d'engagements intitulé «l'Engagement capacitaire de Prague», dans 8 domaines couvrant 400 besoins plus spécifiques : la défense contre les attaques chimiques, biologiques, radiologiques et nucléaires (CBRN) - la surveillance air/sol - le commandement, le contrôle et les communications - le renseignement,

L'Alliance a inauguré la première force de rotation NRF prototype, la «NRF 1», au quartier général régional nord de Brunssum aux Pays-Bas, le 15 octobre 2003. Le premier prototype de la Force a réuni 8 500 hommes. La NRF 2 a pris le relais en janvier 2004, en restant sous le commandement de l'AFNORTH (Forces Alliées du Nord Europe). Les deux premières rotations NRF opérationnelles restaient expérimentales. Elles ont été conçues pour être d'une ampleur limitée. Quatre prototypes de rotation ont déjà été mis en activité. Ils ont été utilisés pour mettre le concept à l'essai et régler les détails pratiques de fonctionnement de la Force. Avant d'avoir été prêtes à exécuter la gamme complète d'opérations, les NRF 3 et 4 avaient déjà atteint la capacité opérationnelle. Ces forces se sont entraînées en participant à des exercices comme *Allied Response*, organisés à Doganbey en Turquie<sup>50</sup>, en novembre 2003 et *Allied Action* en Italie en mai 2004<sup>51</sup>. L'exercice *Allied Warrior 2004* s'est tenu à Amersfoort, Ede

---

la surveillance et l'acquisition d'objectifs – l'efficacité au combat et notamment, les munitions à guidage de précision et la neutralisation des défenses aériennes ennemies – le transport aérien et maritime stratégique – le ravitaillement en vol – les unités déployables d'appui tactique et de soutien des forces au combat. «L'OTAN après Prague» (11 mars 2007), en ligne : OTAN <<http://www.nato.int>>. .

50. Le premier exercice militaire a vu la participation de plus de 1 000 soldats venus de 12 pays membres. La force, créée le 15 octobre 2003, regroupe notamment l'Allemagne, la Belgique, le Danemark, l'Espagne, la France, la Grèce, la Norvège, la Pologne, la République tchèque, le Royaume-Uni et la Turquie. L'exercice visait à montrer la capacité de la force dans un exercice d'entraînement en plein air impliquant un mandat onusien et une opération de réaction de l'OTAN. «OTAN» (11 mars 2007), en ligne : Fondation Robert Schuman <<http://www.robert-schuman.org/lettre/lettre144.htm#19>>.

51. Lors de l'exercice *Allied Action 04* qui s'est déroulé du 25 mai au 8 juin 2004, l'OTAN a procédé pour la première fois à un essai d'activation du quartier général d'une force opérationnelle interarmées déployable (DJTF), ce qui a constitué un entraînement en vue des opérations de la force de réaction de l'OTAN. L'exercice *Allied Action 04* a été l'occasion pour les participants, de mettre en pratique l'activation et le déploiement de la Force de réaction de l'OTAN, afin de se préparer à la conduite des opérations de suivi d'un groupe de forces interarmées multinationales (GFIM). Cet exercice était avant tout un exercice de poste de commandement d'un GFIM. Plus de 2 600 soldats de 23 pays membres de l'OTAN et de 12 pays partenaires participent à l'exercice. «Briefing : La

et Harskamp aux Pays-Bas et à Vérone et Naples en Italie, du 8 au 24 novembre 2004 et a rassemblé plus de 900 participants de 16 pays de l'OTAN<sup>52</sup>. Cet exercice concernait les procédures de déploiement et de commandement de la Force de réaction de l'OTAN pour les missions de gestion des crises. La doctrine, l'organisation, l'entraînement, les procédures de certification et les fonctions de commandement et de contrôle font partie des aspects qui ont été évalués au cours de cette première période d'essai. La NRF a ainsi atteint sa capacité opérationnelle initiale de 17 000 hommes et a été déclarée prête à remplir toute la gamme de ses missions à l'endroit et au moment où l'Alliance décidera de l'utiliser. L'annonce en a été faite le 13 octobre 2004 en Roumanie, par le secrétaire général de l'OTAN, M. Jaap de Hoop Scheffer et par le Commandant suprême des forces alliées en Europe (SACEUR), le général James L. Jones, lors de la réunion informelle des ministres de la Défense des pays de l'OTAN<sup>53</sup>.

D'autres exercices d'entraînement ont eu lieu. Les exercices *Allied Action 2005*<sup>54</sup>, qui se sont déroulés au Centre de guerre interarmées de Stavanger en Norvège, et *Allied Warrior 2005*<sup>55</sup>,

---

Force de réaction de l'OTAN» (11 mars 2007), en ligne : OTAN <[http://www.nato.int/docu/briefing/nrf2006/html\\_fr/nrf03.html](http://www.nato.int/docu/briefing/nrf2006/html_fr/nrf03.html)>.

52. L'exercice mettait en scène la menace d'une attaque asymétrique à l'aide d'armes nucléaires, biologiques et chimiques nécessitant l'intégration des capacités de soutien du bataillon OTAN multinational de défense contre les armes chimiques, biologiques, radiologiques et nucléaires (CBRN) et de l'équipe d'évaluation conjointe NBC. Il concernait essentiellement le poste de commandement. «Nato, esercitazione Allied Warrior 2004» (11 mars 2007), en ligne : Pagine di difesa <[http://www.paginedidifesa.it/2004/pdd\\_041113.html](http://www.paginedidifesa.it/2004/pdd_041113.html)>.
53. «La Force de réaction est prête» (5 juillet 2007), en ligne : OTAN <<http://www.nato.int/docu/update/2004/10-october/f1013a.htm>>.
54. L'exercice *Allied Action 05* s'est déroulé du 17 mai au 2 juin 2005. C'était une véritable étape finale pour la certification des structures de la NRF. L'exercice devait permettre d'affiner les capacités de déploiement et de direction d'une composante aérienne. «31/05/05 - Allied Action 05 : en route vers la NRF5» (11 mars 2007), en ligne : Ministère de la défense <[http://www.defense.gouv.fr/air/base/breves/2005/mai\\_05/31\\_05\\_05\\_allied\\_action\\_05\\_en\\_route\\_vers\\_la\\_nrf5](http://www.defense.gouv.fr/air/base/breves/2005/mai_05/31_05_05_allied_action_05_en_route_vers_la_nrf5)>.
55. «Briefing : Déployer les forces plus rapidement et plus loin que jamais» (11 mars 2007), en ligne : OTAN <<http://www.nato.int>>.



sont des exercices de certification, respectivement pour l'ensemble de la NRF 5 et pour le commandement de la composante terrestre de la NRF 6. La NRF a aussi testé ses capacités à conduire des opérations complexes en mer dans un exercice amphibie de l'OTAN, baptisé *Destined Glory (Loyal Midas)*, en mer Tyrrhénienne, du 29 septembre au 14 octobre 2005. Huit mille cinq cents militaires, 37 bateaux et 57 avions provenant de dix pays membres de l'OTAN ont pris part à cet exercice. Le but était de tester et de certifier les forces qui devaient constituer la composante maritime de la NRF de janvier à juin 2006<sup>56</sup>. L'exercice intitulé *Steadfast Jaguar*<sup>57</sup> qui s'est déroulé aux îles du Cap-Vert, a associé pour la première fois les composantes terrestre, maritime et aérienne de la NRF et s'est achevé avec succès en juin 2006. Les besoins en forces interarmées multinationales portant sur les capacités et unités requises pour la septième rotation de la NRF<sup>58</sup> au cours de la première moitié 2007 sont aussi satisfaits par les États membres.

Les principales lacunes observées lors de la mise en place des premières rotations de la NRF sont celles concernant le transport stratégique aérien et la protection contre les armes nucléaires, biologiques et chimiques. La NRF doit aussi faire face à plusieurs défis : processus de prise de décision, planification précoce, partage de l'information, inclusion de forces de pays non-OTAN dont les pays partenaires. Lors de la réunion du Comité des plans de défense et du Groupe des plans nucléaires du 9 juin 2005, les ministres de la Défense des États membres de l'OTAN ont réaffirmé leur volonté de mener la NRF jusqu'à sa capacité

---

56. L'exercice a présenté des scénarios complexes incorporant des situations inattendues. «In previous years, [the commander] has had a program to go by; this year he [didn't], stressed Rear Adm. Cooke, Deputy Commander of Naval Striking and Support Forces NATO». *La force de réaction de l'OTAN*, *supra* note 48.

57. «Exercise Steadfast Jaguar 06: the NRF concept test» (11 mars 2007), en ligne : OTAN <[http://www.nato.int/shape/issues/shape\\_nrf/steadfast\\_jaguar.htm](http://www.nato.int/shape/issues/shape_nrf/steadfast_jaguar.htm)>.

58. La rotation de la NRF 8 se déroulera de janvier à mi-juillet 2007. «Briefing : La Force de réaction de l'OTAN : 5. Les rotations de la Force de réaction de l'OTAN» (11 mars 2007), en ligne : OTAN <[http://www.nato.int/docu/briefing/nrf2006/html\\_fr/nrf05.html](http://www.nato.int/docu/briefing/nrf2006/html_fr/nrf05.html)>

opérationnelle finale. Conscients que les exigences imposées sont importantes, les pays de l'OTAN ont néanmoins réaffirmé leur détermination à mener à bien la transformation en cours des capacités de l'Alliance et «à remédier aux insuffisances qui subsistent dans certains domaines de capacités essentiels»<sup>59</sup>.

À mesure que les différentes forces qui se succèdent au sein de la NRF appliquent ces normes élevées, le processus de transformation s'étend peu à peu à toutes les forces alliées. Reposant sur un cycle d'alerte triennal, il est prévu que le commandement de la NRF sera placé à tour de rôle sous le commandement de l'état-major de l'AFNORTH (Forces alliées du Nord Europe) à Brunssum (Hollande) ; de celui des forces interarmées de Naples (Italie) et enfin de celui du QG interarmées de Lisbonne (Portugal) lors des rotations futures. La NRF dispose ainsi de trois structures de commandement interarmées assurant la mise sur pied, la préparation opérationnelle et l'engagement éventuel de cette force. Le transfert d'autorité au SACEUR (Commandement suprême des forces alliées en Europe) doit avoir lieu une fois qu'aura été prise la décision politique nécessaire au déploiement de la Force de réaction de l'OTAN pour une opération spécifique.

Bien que la NRF n'a atteint sa pleine capacité opérationnelle que fin 2006, elle a déjà été déployée pour une première opération. Alors que ce sont les États-Unis qui ont souhaité développer la NRF afin que l'OTAN puisse intervenir dans le cadre, notamment d'une opération civilo militaire, ce sont eux qui vont bénéficier de la première opération de la NRF, justifiant ainsi la vision qu'ils ont voulu inculquer à l'évolution de l'Alliance. En effet, après que l'ouragan Katrina a frappé les États de

---

59. Les lacunes se trouvent principalement au niveau des capacités facilitatrices essentielles. Par conséquent, le déséquilibre entre les forces de combat et les forces de soutien déployables limite la capacité de certains pays à déployer des unités et à en assurer le soutien dans le cas d'opérations exigeantes, menées loin du territoire de l'OTAN. «Communiqué final; Réunion du Comité des plans de défense et du Groupe des plans nucléaires en session ministérielle» (11 mars 2007), en ligne : OTAN <<http://www.nato.int/docu/pr/2005/p05-075f.htm>>.

l'Alabama, de Floride, de Louisiane et du Mississippi le 28 août 2005, le Centre euro-atlantique de coordination des réactions en cas de catastrophe (EADRCC) de l'OTAN a offert ses services aux États-Unis. Le 8 septembre 2005, le Conseil de l'Atlantique Nord a autorisé une opération de transport de l'OTAN, composée d'avions de formation et de transport, de la Force aéroportée de détection lointaine et d'avions et de navires de transport de la Force de réaction de l'OTAN (NRF), afin de contribuer à l'acheminement urgent de matériel depuis l'Europe vers les États-Unis. L'EADRCC a rempli le rôle de bureau de centralisation entre les demandes et les offres d'aide. La NRF est intervenue par un pont aérien tactique placé sous l'autorité du Commandement conjoint à Lisbonne. Cette première intervention fut certes circonscrite, mais le symbole était là : les États-Unis, conducteurs de la transformation de l'OTAN en une organisation de sécurité, démontraient la nécessité de celle-ci.

La deuxième intervention de la NRF fut encore plus anecdotique de par son ampleur. Deux jours après le tremblement de terre qui a dévasté la région du Cachemire, le 8 octobre 2005, le Pakistan a demandé l'aide de l'OTAN pour l'opération de secours humanitaire qu'il était en train de mettre sur pied. L'intervention de l'OTAN se fit en deux phases. Lors de la première phase, le Centre euro-atlantique de coordination des réactions en cas de catastrophe (EADRCC) a établi des liens entre les instances nationales de coordination de l'aide fournie par ses différents membres et les autorités pakistanaises. La NRF est intervenue lors de la seconde phase de l'opération, en assurant le pont aérien et en fournissant un quartier général responsable de la structure de commandement et de contrôle, des unités du génie, des hélicoptères et des hôpitaux de campagne militaires. Mais il faut souligner que la plus grande partie de l'aide fut fournie par des forces traditionnelles.

On peut alors se demander quelle est la valeur ajoutée de l'OTAN, en général, et de la NRF en particulier dans ces opérations. La principale qualité de l'OTAN est de remplir un rôle de coordination et de liaison grâce notamment à l'EADRCC. Les structures de l'Alliance permettent notamment à des Alliés de

fournir des capacités, comme des unités médicales, qu'ils n'auraient pu acheminer seuls. Le second avantage de l'OTAN est sa capacité à s'organiser rapidement dès lors qu'il y a déjà eu un précédent et que les procédures ont déjà été testées. Ainsi, la mise en place du pont aérien vers le Pakistan a été facilitée du fait de l'expérience de Katrina. En définitive, si les expériences de la NRF sont pour l'instant très limitées et ne répondent pas encore aux objectifs qu'on lui avait assignés, elles méritent, pour le moins, d'exister et de structurer l'action collective des membres.

Dans le même temps, l'Union européenne a, elle aussi, décidé de mettre en place une force de réaction rapide<sup>60</sup>. Les deux forces ont vu le jour avec très peu de différence : 2003 pour la mise en place finale des capacités d'intervention rapide de l'UE et 2004 pour la constitution de la NRF. Dans les deux cas, ce n'est pas seulement une question technique de capacités militaires, c'est l'avenir même de l'UE et de l'OTAN, en tant qu'organisations de sécurité et de défense européenne et transatlantique, qui est l'enjeu majeur. Le respect des engagements souscrits et du calendrier prévu, ainsi que l'établissement d'une réelle coopération entre les deux organisations, pour éviter la duplication et les divisions entre Européens, sont nécessaires pour l'efficacité des deux dispositifs. De plus, la complémentarité des deux organisations est nécessaire dans le cadre de la gestion des crises.

Les deux forces ne peuvent faire appel qu'aux mêmes réservoirs de forces nationales<sup>61</sup>, dont certaines sont maintenues en alerte pour être projetables sous faible préavis<sup>62</sup>. Cependant, seul un petit noyau d'unités très réactif est nécessaire pour la NRF, puisqu'il s'agit de déployer très rapidement une brigade,

---

60. «Conseil européen d'Helsinki» (11 mars 2007), en ligne : Europa <[http://europa.eu.int/council/off/conclu/dec99/dec99\\_fr.htm](http://europa.eu.int/council/off/conclu/dec99/dec99_fr.htm)>.

61. C'est un problème pour les États qui sont membres à la fois de l'OTAN et de l'UE.

62. Au niveau des unités terrestres, de grandes unités européennes sont capables de déploiement rapide et ont été déclarées disponibles, tant pour l'OTAN que pour l'UE comme le Corps de réaction rapide du Commandement allié en Europe, essentiellement britannique, le Corps européen et le Corps germano-néerlandais.

dotée d'éléments de combat et de soutien, alors que l'UE doit disposer, outre ce noyau réactif constitué à partir des mêmes unités, d'une large panoplie d'unités pour mettre en place une force de 50 à 60 000 hommes, adaptée à la mission. Dans certains cas, on retrouvera les mêmes unités dans l'objectif global de l'UE et dans la NRF. Les différents exercices qui ont déjà eu lieu pour aider la NRF d'être opérationnelle, permettent en même temps aux forces nationales de se former et de renforcer leur complémentarité. En effet, puisque l'on retrouve dans le cadre de la NRF, les principaux États contributeurs de la Force de réaction rapide de l'UE, les différentes opérations organisées ont aussi permis de renforcer la capacité européenne de gestion des crises et d'intervention militaire en fournissant à l'UE un ensemble de forces entraînées<sup>63</sup>.

En application des arrangements «Berlin Plus»<sup>64</sup>, l'OTAN pourrait mettre, sur demande du Conseil de l'Union européenne,

---

63. La France et la Grande Bretagne sont les principaux contributeurs de la NRF. Le partenariat franco-britannique se caractérise par une contribution de près de 80 % des personnels de la structure de commandement et de conduite air (JFACC) et d'environ 40 % des moyens aériens; les autres nations de l'OTAN fournissant les moyens complémentaires. «La composante aérienne de la cinquième Nato Response Force (NRF 5)» (11 mars 2007), en ligne : Ministère de la défense <[http://www.defense.gouv.fr/defense/content/download/47866/474995/file/la\\_composante\\_aerienne\\_de\\_la\\_cinquieme\\_nato\\_res\\_ponse\\_fo\\_nrf.pdf](http://www.defense.gouv.fr/defense/content/download/47866/474995/file/la_composante_aerienne_de_la_cinquieme_nato_res_ponse_fo_nrf.pdf)>.

64. Les arrangements «Berlin Plus», mis en place en 1996 lors de la réunion au cours de laquelle les ministres des Affaires étrangères des pays de l'OTAN ont décidé de créer une Identité européenne de sécurité et de défense, visent à éviter les doubles emplois et comportent quatre éléments : la garantie de l'accès de l'UE à des capacités de planification opérationnelle de l'OTAN; la présomption de disponibilité au profit de l'UE de capacités et de moyens communs de l'OTAN; des options de commandement européen pour des opérations dirigées par l'UE, y compris un renforcement du rôle de l'adjoint au Commandant suprême des forces alliées en Europe (SACEUR) et l'adaptation du système de planification de la défense de l'OTAN pour y intégrer la disponibilité de forces pour des opérations de l'UE. «EU-NATO: The framework for permanent relations and Berlin plus» (11 mars 2007), en ligne : Conseil de l'Union Européenne <<http://www.consilium.europa.eu/uedocs/cmsUpload/03-11-11%20Berlin%20Plus%20press%20note%20BL.pdf>>.

la NRF ou d'importants éléments de cette force à la disposition de l'UE. Il est donc important que ces forces utilisent des normes et des procédures similaires pour éviter le double emploi. L'entraînement de la NRF et des groupes tactiques de l'UE ensemble, lors d'exercices coordonnés, doit donc être encouragé. De plus, le caractère rapide de la NRF et des forces de l'objectif global de l'UE, exige aussi la mise en place et le développement de mécanismes politiques de prise de décision et d'un dialogue permanent entre l'Alliance et l'UE, pour éviter que les actions de l'une de ces organisations ne privent l'autre d'une partie de ses moyens.

Même si la NRF doit accomplir toutes les missions de l'Alliance, les siennes seront principalement celles qui exigent une capacité de réagir en déployant les forces les plus performantes dans un délai très bref. Il pourra s'agir d'une part, de se déployer en tant que force autonome pour des opérations relevant de l'article 5 du Traité de l'Atlantique Nord (défense collective) et des opérations de réponse aux crises hors article 5, telles que des opérations d'évacuation, des opérations à l'appui de la gestion des conséquences d'une catastrophe (notamment des incidents chimiques, biologiques, radiologiques et nucléaires), des situations de crise humanitaire et des opérations de lutte contre le terrorisme. Il pourra s'agir d'autre part, de se déployer en tant que force d'entrée initiale facilitant l'arrivée de forces de remplacement plus importantes, ou de se déployer en tant que force destinée à montrer la détermination de l'OTAN et sa solidarité en vue d'éviter les crises.

Dans ce cas, la NRF pourrait servir à prévenir un conflit en envoyant une force réduite sur le terrain durant la phase de dissuasion d'une situation en détérioration. L'expérience de l'OTAN en ex-République yougoslave de Macédoine, entre août 2001 et mars 2003, illustre bien le potentiel d'une approche proactive. En effet, l'opération *Essentiel Harvest*<sup>65</sup>, conduite par

---

65. Les 19 pays membres de l'OTAN ont lancé la première opération suite à la signature, le 13 août 2001, de l'accord de paix en Macédoine avec l'Albanie. «L'OTAN autorise le déploiement du Quartier général de la

une force multinationale composée de 3 500 hommes était chargée de collecter et de détruire les armes des rebelles albanophones en Macédoine. Sous commandement britannique, elle était composée de quatre bataillons : britanno - néerlandais, grec, italo-turc et franco-germano-espagnol. L'opération s'est achevée le 26 septembre 2001<sup>66</sup>. Elle a été relayée par l'opération *Amber Fox*<sup>67</sup>, destinée à protéger des observateurs civils internationaux en Macédoine et à superviser la mise en œuvre du plan de paix dans l'ex-République yougoslave de Macédoine. Placée sous commandement allemand et composée d'environ 1 000 hommes, la force multinationale a achevé l'opération le 15 décembre 2002. L'OTAN a par la suite, mis sur pied une nouvelle mission le 16 décembre 2002, baptisée *Allied Harmony*<sup>68</sup>. Cette dernière regroupait des tâches opérationnelles de soutien aux observateurs internationaux de l'Organisation pour la sécurité et la coopération en Europe (OSCE) et de l'Union européenne, et prenait également en compte la coopération avec l'armée macédonienne, en aidant aux réformes militaires dans le cadre du Partenariat la paix. La mission s'est achevée le 31 mars 2003 et a été relayée par l'opération *Concordia*, prise en charge par l'Union européenne<sup>69</sup>. Ces missions ont facilité, en grande partie, une résolution pacifique de la situation et empêché l'escalade de la crise.

La mission de défense collective est celle qui distingue le cadre d'emploi des deux forces, l'Union européenne n'ayant pas de responsabilités dans ce domaine. Pour toutes les autres situations de crise, les missions seront les mêmes. Le choix des États d'intervenir, soit dans le cadre de l'UE, soit dans celui de l'OTAN

---

Force spéciale Harvest» (11 mars 2007), en ligne : OTAN <<http://www.nato.int>>.

66. «Operation Amber Fox» (11 mars 2007), en ligne : OTAN <<http://www.nato.int>>.

67. «L'OTAN prolonge l'opération AMBER FOX dans l'ex-République yougoslave de Macédoine» (11 mars 2007), en ligne : OTAN <<http://www.nato.int>>.

68. «L'OTAN continue de soutenir l'ex-République yougoslave de Macédoine» (11 mars 2007), en ligne : OTAN <<http://www.nato.int>>.

69. «Council decision» (11 mars 2007), en ligne : Opération de paix <[http://www.operationspaix.net/IMG/pdf/DecisionUE\\_Concordia\\_18mars03\\_.pdf](http://www.operationspaix.net/IMG/pdf/DecisionUE_Concordia_18mars03_.pdf)>.

pour faire face à une situation donnée sera toujours politique. Les Européens auront le choix entre trois solutions : tout d'abord, dans le cadre de l'OTAN sans aucune autonomie, ensuite dans un cadre européen avec accès aux moyens de l'OTAN, au travers des accords «Berlin Plus»<sup>70</sup>, enfin de façon autonome sous la direction d'un pays chef de file ou d'un QG européen<sup>71</sup>.

Une nouvelle solution doit se mettre en place avec la mise sur pied d'une cellule civilo-militaire au sein de l'EMUE (État-major de l'Union européenne), décidée lors du Conseil européen de Bruxelles des 11 et 12 décembre 2003<sup>72</sup>, afin de renforcer la capacité de l'UE à assurer l'alerte rapide, l'analyse des situations, la planification stratégique et la coordination des instruments civils et militaires au cours d'une opération. Un centre d'opérations non permanent sera activé sous certaines conditions pour planifier et conduire une opération de gestion de crise de l'Union, mais seulement dans les cas où les deux premières solutions ne seraient pas valides ou disponibles<sup>73</sup>. Ainsi, le rôle spécifique de l'OTAN sera préservé. Ce souci de ne pas être en

- 
70. Les accords «Berlin Plus», tel qu'il a été précisé, sont fondés sur les quatre principes suivants : la garantie de l'accès à la planification opérationnelle de l'OTAN; la mise à disposition pour l'UE de capacités et de moyens communs de l'OTAN; l'adaptation du système de planification de la défense de l'OTAN d'une manière qui intègre la disponibilité des forces pour des opérations dirigées par l'UE; des options de commandement européen de l'OTAN pour des opérations dirigées par l'UE (rôle du SACEUR adjoint). Ce dernier principe est très important, car il permet de mettre à la disposition de l'UE la direction d'opérations. Cela a été le cas dans le cadre de l'opération *Concordia* en ARYM puis de l'opération *Althéa* en Bosnie.
71. Dans le cas où l'UE n'a pas recours aux moyens de l'OTAN, elle désigne une nation cadre qui fournit un état-major national de commandement de l'opération mais qui doit être multinationalisé au moment de la crise, ce qui rend les délais pour une réaction rapide, trop longs. Cela a été le cas de l'opération *Artémis* en République démocratique du Congo.
72. «Conclusions de la Présidence du Conseil européen» (11 mars 2007), en ligne : Conseil de l'Union européenne <[http://www.consilium.europa.eu/ueDocs/cms\\_Data/docs/pressData/fr/ec/79652.pdf](http://www.consilium.europa.eu/ueDocs/cms_Data/docs/pressData/fr/ec/79652.pdf)>.
73. Depuis le 1er janvier 2007, il peut être activé. «Coopération UE-OTAN» (11 mars 2007), en ligne : Ministère des Affaires étrangères <<http://www.auswaertigesamt.de/diplo/fr/Europa/Aussenpolitik/ESVP/ZusammenarbeitEU-NATO.html>>.



concurrence directe avec l'Alliance atlantique a d'ailleurs conduit à la création d'une cellule de l'Union européenne au sein de SHAPE (Grand Quartier général des puissances alliées en Europe) et à des arrangements de liaison entre SHAPE et l'EMUE (État-major de l'Union européenne). C'est par cette cellule que l'opération *Concordia* a été dirigée en ARYM (Ancienne République Yougoslave de Macédoine), d'avril à décembre 2003<sup>74</sup>.

Le choix du cadre de l'OTAN ou de l'UE dépendra le plus souvent de la décision des États-Unis d'intervenir aussi ou non, par le biais de l'OTAN, dans une mission de gestion de crises. Il est en effet probable que, dans une situation de crise, si les États-Unis et les Européens veulent intervenir de façon multilatérale, ils le fassent dans le cadre de l'OTAN, qui possède des forces mieux entraînées et habituées à travailler ensemble. Toutefois, comme les États-Unis n'affectent pas de troupes à la NRF, cette nouvelle structure leur permet de garder le contrôle de l'OTAN sans être impliqués dans des missions qu'ils n'auraient pas choisies. Dans le cas de la survenance d'une crise dans laquelle l'OTAN et l'UE pourraient intervenir, le choix dépendra, dans une large mesure, des instruments qu'il faudra mobiliser. L'UE est à même, en théorie, de répondre à des situations de crise en couvrant tous les aspects d'une situation de conflit, depuis l'imposition de la paix jusqu'à la reconstruction, mettant ainsi en œuvre des moyens militaires et civils. En évitant la concurrence et en favorisant les consultations et la coopération entre l'OTAN et l'UE, les deux organisations doivent s'adapter dans la complémentarité, afin de

---

74. Les arrangements «Berlin Plus» sont mis en pratique dans le cadre de l'Opération *Concordia*, le premier déploiement militaire de l'Union européenne dans l'ex-République yougoslave de Macédoine. L'amiral Rainer Feist, adjoint au SACEUR, exerce le commandement de l'opération et des officiers de liaison de l'UE travaillent aux côtés de leurs collègues de l'OTAN dans la structure de commandement de l'OTAN, aussi bien au niveau stratégique, dans une cellule de l'UE au SHAPE à Mons (Belgique), qu'au niveau régional à l'AFSOUTH (Forces alliées du Sud Europe) à Naples (Italie). Sur le terrain, à Skopje, le commandant de la Force - un général de l'armée de terre française - et son état-major, collaborent étroitement avec les hauts représentants militaires et civils de l'OTAN.

mettre à profit les compétences spécifiques de l'une et de l'autre pour prévenir, gérer et régler crises et conflits.

Cependant, exception faite de l'opération conduite par l'Union européenne en Bosnie-Herzégovine, il n'existe pas vraiment de dialogue politique entre les instances communautaires et alliées<sup>75</sup>. L'opération en Bosnie est un exemple de collaboration entre l'UE et l'OTAN puisque cette opération militaire de l'UE baptisée *Althea*<sup>76</sup> est une opération de type Berlin Plus. Ainsi, le 2 décembre 2004 a marqué la fin de l'existence de la *Stabilization Force* en Bosnie Herzégovine (SFOR), déployée en vertu de l'annexe 11 des accords de Dayton-Paris de 1995. Dans la continuité de la SFOR et en application des décisions prises lors du sommet d'Istanbul, l'Union européenne a repris, dans le cadre de l'EUFOR (*European Union Force*), les missions qui étaient jusqu'alors menées par l'OTAN en Bosnie-Herzégovine<sup>77</sup>. Dès le 12

---

75. Des réunions mensuelles, exclusivement consacrées aux opérations en cours en Bosnie-Herzégovine, entre le Conseil de l'Atlantique Nord (CAN) et le Comité politique et de sécurité (COPS), sont l'occasion de discussions autour des questions liées à la sécurité des Balkans pour la mise en œuvre des accords «Berlin Plus». L'OTAN et l'UE avaient mis en place des mécanismes d'échanges réguliers à différents niveaux (ministres des Affaires étrangères de l'OTAN et de l'UE, ambassadeurs de l'OTAN et de l'UE, comités militaires de l'OTAN et de l'UE). Cette organisation a été remise en cause avec l'élargissement de l'UE à 25 nations, les États membres de l'OTAN n'étant pas parvenus à un accord sur les questions pour lesquelles il pourrait y avoir échanges de documents confidentiels. KOENDERS (Bert), «L'évolution du rôle de l'OTAN dans les opérations d'après-conflit», Rapport de la Commission politique de l'assemblée parlementaire de l'OTAN (040 PC 05 F), 3 mai 2005, [www.nato.int/docu/pr/2005/p05-076f.html](http://www.nato.int/docu/pr/2005/p05-076f.html).

76. Il est de tradition de donner un nom de code aux opérations et exercices militaires. *Althea* est, dans la mythologie grecque, une déesse qui est considérée comme la mère de toutes les mères. Elle est décrite comme étant la femme qui a donné la vie au premier homme et à la première femme. Elle est la déesse de la natalité, elle veille sur toutes les créatures vivantes. Son nom est généralement lié à ses pouvoirs de guérison. Avec ce nom, l'EUFOR veut porter le message de la déesse grecque : sécurité, avenir et bien-être pour tous.

77. L'OTAN est présente en Bosnie depuis la fin de la guerre civile, en décembre 1995, en exécution des accords de paix de Dayton. Elle avait initialement pour tâche de maintenir la paix entre les belligérants de

juillet 2004, le Conseil de l'Union européenne a adopté une action commune<sup>78</sup> «concernant l'opération militaire de l'Union européenne en Bosnie-et-Herzégovine», l'opération *Althea*, commandée par le major général britannique Leaky. Elle se compose d'environ 7 000 militaires, répartis entre un état-major et trois «Task Forces» d'environ 1 800 militaires, ce qui forme la plus vaste opération que l'Union Européenne n'ait jamais mise sur pied. De plus, 2 830 militaires allemands, italiens et britanniques sont dédiés au titre de la réserve opérationnelle à partir de leur territoire. L'effectif de cette force européenne correspond à celui déployé par l'OTAN dans le cadre de la SFOR et regroupe à peu près les mêmes unités militaires que celles des pays européens participants déjà présents dans le cadre de l'opération de l'OTAN en Bosnie-Herzégovine. L'opération *Althea* doit mettre en place des opérations visant la sécurisation du pays en prévenant la résurgence d'actes de violence, ce qui inclut la lutte contre la contrebande, la criminalité et la corruption, facteurs permanents d'instabilité<sup>79</sup>. L'EUFOR (Force de l'Union européenne) complète et

---

l'époque, à savoir les Serbes, les musulmans et les Croates. Mais l'OTAN a également aidé à la reconstruction du pays, à la recherche et à l'arrestation des criminels de guerre. En laissant place à une force sous commandement de l'UE, l'OTAN ne disparaît pas complètement de Bosnie puisqu'il reste un état-major à Sarajevo, qui est chargé de la reconstruction d'une armée bosniaque. «The Stabilisation Force (SFOR) in Bosnia and Herzegovina» (11 mars 2007), en ligne : OTAN <<http://www.nato.int/issues/sfor/index.html>>.

78. Action commune 2004/570/PESC du Conseil du 12 juillet 2004 concernant l'opération militaire de l'Union européenne en Bosnie-et-Herzégovine; *Journal officiel de l'Union européenne*, 28 juillet 2004, L252/10.

79. Les missions militaires assignées à *Althea* sont au nombre de 8 et reprennent l'essentiel des tâches dévolues à la SFOR. D'une part, il y a des missions principales au nombre de 4. Il s'agit en premier lieu, d'assurer une présence militaire afin de dissuader les éléments récidivistes des forces armées bosniaques et d'autres groupes armés; de surveiller l'application des aspects militaires de l'Accord-cadre général de paix et de s'assurer qu'ils continuent d'être respectés afin de prévenir une reprise de la violence. En deuxième lieu, l'EUFOR doit contribuer à un environnement sûr et sécurisé, soutenir le Plan de mise en œuvre de la mission entreprise par le bureau du haut représentant pour la PESC et prévenir les tentatives de renversement du processus de paix. Troisièmement, il s'agit d'exécuter des opérations d'informations à l'appui

soutient l'action politique et économique de l'Union, le tout coordonné sur place par le représentant spécial de l'UE<sup>80</sup>. L'OTAN maintient une présence dans le pays, avec pour mission de poursuivre des objectifs sécuritaires et militaires liés à la réforme des forces armées bosniaques, à la lutte antiterroriste internationale et à la poursuite des criminels de guerre recherchés par le TPIY. Cette présence est assurée en majorité par des officiers et des soldats américains. Cependant, la décision d'installer le quartier général opérationnel d'*Althea* au SHAPE (Mons, en Belgique) et de faire de l'adjoint au Commandant suprême des forces alliées en Europe (*Deputy SACEUR*, en anglais) le commandant de l'opération, montre la volonté de l'UE de gérer l'opération de façon intereuropéenne et autonome par rapport aux États-Unis. Toutefois, à Sarajevo, les deux quartiers généraux EUFOR et OTAN, partagent les mêmes installations au camp Butmir<sup>81</sup>.

---

des objectifs politiques de l'UE. Enfin, l'EUFOR doit s'occuper de tous les aspects de l'Accord-cadre qui resteraient à traiter, notamment la gestion de l'espace aérien, les conseils en matière de déminage et d'élimination des munitions et le programme de collecte des armes. D'autre part, il y a aussi des missions secondaires, elles aussi au nombre de 4. Il s'agit en premier lieu de fournir un soutien aux missions de base prévues par le Plan de mise en œuvre du bureau du haut représentant, ainsi qu'aux autres organismes civils compétents en ce qui concerne la lutte contre le terrorisme et le crime organisé, le retour des personnes déplacées et des réfugiés, l'État de droit et l'application des autres aspects civils de l'Accord-cadre. En deuxième lieu, la force européenne doit apporter une assistance à la réalisation des réformes de défense et donner aux autorités bosniaques, en cas de besoin, des avis militaires et techniques dans le domaine de la sécurité. Troisièmement, il faut soutenir le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie (TPIY). Enfin, il s'agit de fournir un soutien pour l'évacuation des représentants de la communauté internationale, dans la limite des moyens et des capacités. *Ibid.*

80. Le contrôle politique et les orientations stratégiques concernant l'EUFOR sont de la responsabilité du Comité politique et de sécurité de l'UE (COPS) qui fait rapport au Conseil de l'Union européenne (en formation «Affaires générales et relations extérieures») assisté par le haut représentant pour la PESC.

81. «Nous nous félicitons de la réussite de la transition sans heurt, de la mission de la SFOR à l'opération Althea de l'Union européenne en

La prise en charge de l'opération *Althéa* par l'EUFOR n'a donc pas conduit à de véritables changements. L'OTAN et l'EUFOR partagent de nombreuses compétences. Les forces sur le terrain n'ont pas connu de bouleversements qualitatifs ou quantitatifs significatifs puisqu'elles sont, dans leur grande majorité, issues des États européens de l'OTAN et/ou de l'Union européenne et des pays partenaires et candidats à l'adhésion à ces deux institutions. Dans les faits, il ne s'agit que de la relève d'une force européenne déployée dans le cadre euro-atlantique par une autre force européenne relevant de l'Union européenne.

Le remplacement du dispositif de l'OTAN en Bosnie-Herzégovine par celui de l'Union européenne a toutefois permis de libérer quelques ressources de l'Alliance qui pourront être réorientées au profit d'autres priorités et faciliter les réformes en cours. Il convient donc de souligner l'importance, pour les deux organisations, de se soutenir mutuellement en fonction de l'évolution des événements. Ainsi, on peut imaginer que si la mission de Petersberg (opération Concordia) en Macédoine rencontrait des difficultés sérieuses, l'UE pourrait sans doute demander à l'OTAN de fournir un soutien. Toutefois, d'un point de vue politique, une telle demande mettrait en lumière les limites de l'autonomie de l'action militaire européenne et aurait des conséquences négatives pour le développement de la politique européenne de sécurité et de défense (PESD)<sup>82</sup>.

---

Bosnie-Herzégovine, dans le cadre des arrangements «Berlin Plus», ainsi que de la coopération étroite qui est maintenue entre nos quartiers généraux respectifs dans ce pays. Cela confirme la valeur d'une coopération étroite entre l'OTAN et l'UE de façon plus générale. Dans le cadre agréé du partenariat stratégique OTAN/UE, nous ferons en sorte de développer encore notre coopération». «Communiqué final Réunion du Conseil de l'Atlantique Nord en session des ministres de la Défense» (11 mars 2007), en ligne : OTAN <<http://www.nato.int/docu/pr/2005/p05-076f.htm>>.

82. La politique extérieure et de sécurité commune (PESC) a été instituée en 1992 par le Traité de Maastricht. La politique européenne de sécurité et de défense (PESD), qui s'inscrit dans la PESC, s'est surtout développée à partir de 1999. L'UE voulait être capable de faire face aux crises. La PESD permet à l'Union européenne de réaliser toutes sortes de missions

Cependant, le cadre d'emploi de ces deux forces n'est pas identique puisque, même si elles comportent certaines tâches opérationnelles communes, le rôle primordial de l'EUFOR reste la stabilisation. La principale différence entre les deux forces va résider dans la chaîne de commandement mise en place dans le cadre des opérations.

## **II. La nouvelle structure de commandement militaire**

La NRF est dirigée par la nouvelle structure de commandement de l'Alliance. Cette structure, qui comprend deux commandements stratégiques dont l'un est opérationnel et l'autre fonctionnel, est plus légère, plus efficace et plus facile à déployer que les structures existantes. C'est l'autre décision importante du sommet de Prague qui a consisté en la rationalisation de la structure de commandement de l'OTAN, afin d'offrir «une structure de commandement allégée, plus efficiente, efficace et déployable, en vue de satisfaire les exigences opérationnelles liées à l'éventail complet des missions de l'OTAN»<sup>83</sup>. Lors de leur réunion du 12 juin 2003, les ministres de la Défense de l'Alliance ont approuvé cette nouvelle structure de commandement militaire rationalisée afin de créer une structure de commandement plus souple<sup>84</sup>.

---

civiles et militaires, allant des interventions humanitaires et de sauvetage à des opérations militaires de maîtrise des crises et de restauration de la paix, en passant par des actions de maintien de la paix. À cet effet, l'Union européenne a décidé de constituer une force comportant jusqu'à 60 000 hommes déployables en 60 jours et dont les missions peuvent s'étaler sur une année au moins. L'UE peut aussi recourir si nécessaire, à des capacités humaines et logistiques de l'OTAN pour des missions de la PESD. Le but de l'UE n'est pas de concurrencer l'OTAN mais plutôt de développer une capacité autonome ou complémentaire.

83. «Sommet de Prague 21-22 novembre 2002» (11 mars 2007), en ligne : OTAN <<http://www.nato.int>>.

84. Auparavant, la structure de commandement militaire reposait sur une division géographique : une pour l'Europe (Commandement allié pour l'Europe SACEUR), une pour l'Atlantique (Commandement allié pour l'Atlantique SACLANT), 7 quartiers généraux étaient subordonnés à ces commandements.

L'évolution géopolitique ne justifiant plus le maintien de deux zones stratégiques en Europe, la nouvelle structure se compose dorénavant d'un Commandement allié «opérations» (ACO – *Allied Command Operations*), basé au SHAPE (grand Quartier général des puissances alliées en Europe), à Mons, en Belgique et d'un Commandement allié Transformation (ACT – *Allied Command Transformation*), basé à Norfolk aux États-Unis. Celui-ci joue un rôle clé dans le développement et la mise en œuvre des capacités réseau-centrées de l'OTAN<sup>85</sup> et auprès des États membres. Le premier a toutes les responsabilités opérationnelles<sup>86</sup> alors que le second supervise la transformation des capacités militaires de l'OTAN en respectant les quatre priorités suivantes : préparer, appuyer et maintenir les opérations de l'Alliance; faire intervenir la Force de réaction de l'OTAN et d'autres capacités projetables; réaliser la pleine capacité opérationnelle ACT; aider à la transformation des capacités des partenaires<sup>87</sup>. L'ACT<sup>88</sup> définit de nouvelles approches en matière de planification et de constitution de forces et devrait être le fondement même de l'interopérabilité militaire au sein de l'Europe et de part et d'autre de l'Atlantique. Il doit permettre d'améliorer l'entraînement et les capacités, d'élaborer et de mettre à l'épreuve des doctrines et de mener des expériences pour évaluer de nouveaux concepts. Il doit faciliter la diffusion et l'introduction de ces derniers et favoriser l'interopérabilité<sup>89</sup>.

---

85. Ces capacités doivent permettre de maîtriser de nouvelles tâches de renseignement, de reconnaissance et de surveillance, la technologie des capteurs ainsi que les systèmes de commandement et de communication. «Defence et security systems» (11 mars 2007), en ligne : EADS <<http://www.eads.com/1024/fr/businet/defence/defence.html>>.

86. Le SACEUR continuera d'exercer une double fonction, étant aussi commandant du Commandement des forces des États-Unis en Europe.

87. Michel Maisonneuve, «L'institutionnalisation du changement au sein de l'OTAN» (11 mars 2007), en ligne : Revue militaire canadienne <[http://www.journal.dnd.ca/frgraph/Vol4/no4/nato\\_f.asp](http://www.journal.dnd.ca/frgraph/Vol4/no4/nato_f.asp)>.

88. L'ACT exercera une double fonction, étant aussi commandant du Commandement des forces interarmées des États-Unis.

89. Selon le général Lance L. Smith, Commandant suprême allié Transformation, «La chose la plus importante, surtout lorsque le

Au niveau stratégique, il n'y a donc plus qu'un commandement assumant des responsabilités opérationnelles, le Commandement allié «opérations» (ACO), commandé par le SACEUR (Commandant suprême des forces alliées en Europe). On passe donc des deux commandements stratégiques opérationnels à un seul<sup>90</sup>. Le niveau opérationnel se compose de deux commandements de forces interarmées permanents – l'un à Brunssum aux Pays-Bas, l'autre à Naples en Italie et d'un QG interarmées permanent, à Lisbonne au Portugal, plus limité, auquel il sera fait appel pour obtenir une capacité de QG de groupe de forces multinationales interarmées déployable, basé en mer.

Les résultats qui se dégagent déjà de ces changements sont notables. Les lignes hiérarchiques qui se chevauchaient et semaient la confusion appartiennent au passé, puisque toutes les

---

processus concerne vingt-six pays, c'est de veiller à ce que quoiqu'on fasse puisse être fait ensemble. En d'autres termes, les forces doivent offrir une interopérabilité». «Interview général Lance L. Smith, Commandant suprême allié Transformation» (11 mars 2007), en ligne : OTAN <http://www.nato.int/docu/review/2006/issue3/french/interview.htm>>. L'ACT comprend le Centre de guerre interarmées (Norvège), un nouveau centre d'entraînement de forces interarmées (Pologne) et le Centre interarmées d'analyse des enseignements tirés (Portugal). Un élément d'état-major ACT s'occupera en Belgique, principalement des questions relatives aux ressources et à la planification de la Défense. «Briefing : La structure de commandement de l'OTAN» (11 mars 2007), en ligne : OTAN <[http://www.nato.int/docu/briefing/nms/html\\_fr/nms03.html](http://www.nato.int/docu/briefing/nms/html_fr/nms03.html)>

90. Les 13 commandements subordonnés opérationnels passent à 6 seulement. Ces 6 commandements de composante de forces interarmées apportent aux éléments de niveau opérationnel les compétences propres aux différentes armées – terre, mer ou air. Ils sont rattachés, soit au commandement de forces interarmées de Brunssum (composante air à Ramstein en Allemagne, un commandement de composante mer à Northwood au Royaume Uni et un commandement de composante terre à Heidelberg en Allemagne), soit au commandement de forces interarmées de Naples (commandement de composante air à Izmir en Turquie, un commandement de composante mer à Naples et un commandement de composante terre à Madrid en Espagne). «Nouvelle Structure de Commandement de l'OTAN» (11 mars 2007), en ligne : OTAN <<http://www.nato.int>>.



opérations relèvent à présent de l'ACO. Une répartition claire des tâches a été établie entre l'ACO et l'ACT nouvellement formé : l'ACO définit les normes que les unités devront satisfaire pour servir dans un commandement de l'OTAN, tandis que l'ACT élabore l'entraînement nécessaire à ces unités. Ainsi, l'ACT, commandé par le SACLANT, n'a plus de responsabilité géographique et n'est plus qu'un état-major fonctionnel, chargé de la transformation alors que l'ACO, commandé par le SACEUR, a une responsabilité exclusivement opérationnelle, couvrant la totalité de l'aire géographique de l'ensemble de l'Alliance. En confiant toutes les responsabilités opérationnelles à un seul commandement et en concentrant le commandement stratégique secondaire sur la transformation en cours et l'amélioration de l'interopérabilité des pays membres, l'OTAN continue sa transformation afin de faire face aux nouveaux défis sécuritaires et aux nouvelles menaces.

Afin de pérenniser ces nouvelles transformations, le sommet d'Istanbul des 28 et 29 juin 2004<sup>91</sup>, a réaffirmé l'importance du rôle mondial de l'Alliance et adopté des mesures pour poursuivre l'amélioration de ses capacités. Le sommet d'Istanbul a souligné que l'OTAN doit projeter la stabilité de trois façons<sup>92</sup>. Tout d'abord, elle doit renforcer ses relations avec ses partenaires. Ensuite, elle doit conduire des opérations dans les Balkans, en Afghanistan et en Méditerranée. Enfin, l'Organisation doit moderniser ses forces armées afin qu'elles puissent mener des missions nouvelles. Ce sommet est un jalon important dans l'histoire de l'OTAN, puisqu'il a permis aux dirigeants des 26 pays

---

91. «Sommet d'Istanbul; Au sujet du Sommet» (11 mars 2007), en ligne : OTAN <<http://www.nato.int>>.

92. Comme l'a déclaré le secrétaire général Jaap de Hoop Scheffer à la veille du sommet d'Istanbul : «Notre sommet d'Istanbul fera comprendre que l'OTAN relève les nouveaux défis du XXI<sup>e</sup> siècle. Il fera comprendre que la nouvelle OTAN, l'OTAN à 26, est une alliance qui agit. Elle agit dans les Balkans et en Afghanistan où nos troupes font, par leur présence, la différence entre la guerre et la paix. Elle agit en Méditerranée, où nos navires conduisent des opérations antiterroristes». «Sommet d'Istanbul; A l'ordre du jour; Opérations» (11 mars 2007), en ligne : OTAN <<http://www.nato.int>>.

alliés de se rassembler pour la première fois après le cinquième cycle d'élargissement de l'Alliance, qui a également été le plus important.

La transformation entreprise lors du sommet de Prague des 21 et 22 novembre 2002 afin de mettre en route un processus de modernisation, doit permettre à l'OTAN d'assumer de nouveaux rôles et de nouvelles missions dans de nouvelles régions du monde. À Madrid, les 3 et 4 juin 2003<sup>93</sup>, les ministres des Affaires étrangères de l'OTAN ont déclaré que les nouvelles missions entreprises par l'Alliance en Afghanistan et à l'appui de la Pologne en Irak montraient que la transformation de l'OTAN était bien entamée.

### **III. Les opérations de l'OTAN<sup>94</sup>**

L'OTAN doit s'adapter au nouvel environnement stratégique, notamment en acceptant des engagements d'une part, envers de nouveaux objectifs comme la lutte contre le terrorisme et d'autre part, dans de nouveaux théâtres géographiques comme en Afghanistan, en Irak et au Darfour, malgré une transformation en cours de réalisation.

Le 12 septembre 2001<sup>95</sup>, les Alliés ont invoqué l'article 5 du Traité de Washington, c'est-à-dire la clause de défense collective. Le Conseil de l'Atlantique Nord a décidé que, s'il était établi que

---

93. «Communiqué final Réunion ministérielle du Conseil de l'Atlantique Nord Tenue à Madrid le 3 juin 2003» (11 mars 2007), en ligne : OTAN <<http://www.nato.int/docu/pr/2003/p03-059f.htm>>.

94. Nous n'aborderons pas ici toutes les opérations en cours de l'OTAN mais simplement celles qui témoignent de l'évolution du rôle de l'Organisation. Nous tenons à souligner que l'OTAN intervient aussi en Bosnie, où elle a conservé un quartier général à Sarajevo et en ex-République yougoslave de Macédoine avec un quartier général à Skopje. Enfin, l'OTAN est toujours présente au Kosovo où la KFOR déploya 16 800 hommes en 2006 (contre 50 000 au départ). Le fonctionnement de cette force a été révisé et chaque brigade est devenue une *Task Force*, apportant souplesse et mobilité à la mission.

95. «Déclaration du Conseil de l'Atlantique Nord» (11 mars 2007), en ligne : OTAN <<http://www.nato.int/docu/pr/2001/p01-124f.htm>>.

l'attaque avait été dirigée depuis l'étranger contre les États-Unis, elle serait assimilée à une action relevant de l'article 5 en vertu duquel une attaque armée contre un ou plusieurs pays membres de l'OTAN est considérée comme une attaque dirigée contre tous. Suite à l'exposé de M. Frank Taylor, ambassadeur extraordinaire des États-Unis et coordonnateur pour le contre-terrorisme, le 2 octobre 2001 devant le Conseil de l'Atlantique Nord, sur les résultats de l'enquête relative aux attentats du 11 Septembre, celui-ci a déterminé que les attaques avaient été dirigées depuis l'étranger et qu'elles seraient donc considérées comme relevant de l'article 5 du Traité de Washington.

Le 4 octobre 2001<sup>96</sup>, l'OTAN a approuvé une série de mesures visant à soutenir les États-Unis. Celles-ci concernaient notamment le domaine du renseignement, le renforcement de la sécurité des installations des États-Unis et des autres Alliés sur leur territoire respectif, les moyens aériens et navals. Ainsi, le Conseil de l'Atlantique Nord a affirmé que l'Alliance était prête à déployer des éléments de ses forces navales permanentes en Méditerranée orientale pour assurer une présence de l'OTAN. Peu après, l'OTAN a lancé sa toute première opération antiterroriste : *Eagle Assist*. À la demande des États-Unis, de la mi-octobre 2001 à la mi-mai 2002, 7 appareils AWACS de l'OTAN ont été envoyés pour aider à patrouiller l'espace aérien au-dessus des États-Unis. C'était la première fois que les moyens militaires de l'OTAN étaient déployés à l'appui d'opérations relevant de l'article 5.

Le 26 octobre 2001, l'Alliance a lancé sa seconde opération antiterroriste, *Active Endeavour*. Cette opération s'inscrit dans le droit fil de la réaction immédiate de l'OTAN aux attentats terroristes perpétrés le 11 Septembre 2001 contre les États-Unis. Dans le cadre de cette opération, des navires de l'OTAN effectuent des missions de patrouille en Méditerranée. Ils surveillent la

---

96. «Déclaration à la presse du Secrétaire général sur la décision du Conseil de l'Atlantique Nord concernant l'application de l'article 5 du Traité de Washington en conséquence des attaques perpétrées le 11 septembre contre les États-Unis» (11 mars 2007), en ligne : OTAN <<http://www.nato.int>>.

navigation et escortent dans la traversée du détroit de Gibraltar des navires non militaires. Il s'agit de «surveiller le trafic maritime (...) afin de contribuer à détecter et à décourager les activités terroristes»<sup>97</sup>. L'opération vise un double but : démontrer la solidarité de l'OTAN et sa résolution dans la lutte contre le terrorisme, ainsi que contribuer à détecter et à décourager les activités terroristes en Méditerranée. Le 10 mars 2003, l'opération a été élargie à l'escorte de navires civils toujours dans le détroit de Gibraltar.

Lors de la réunion des ministres des Affaires étrangères à Reykjavik, le 15 mai 2002<sup>98</sup>, lord Robertson a déclaré que le cadre dans lequel s'inscrirait la transformation de l'OTAN serait : «[la] lutte contre le terrorisme, [l']élargissement, [de] nouvelles capacités et nouvelles relations»<sup>99</sup>. Par cette déclaration est ainsi affirmée la détermination de l'Alliance à conduire des opérations partout où cela sera nécessaire pour combattre le terrorisme. Cette déclaration est historique, au moins d'un point de vue théorique, parce qu'elle a mis fin au débat sur ce qui est et ce qui n'est pas la zone d'opérations de l'OTAN<sup>100</sup>. En effet, la lutte contre

---

97. *Opération Active Endeavour*, supra note 31. Les forces de l'OTAN ont contrôlé plus de 75 000 navires et arraisonné une centaine de bâtiments suspects. En outre, plus de 480 navires ont profité d'une escorte de l'OTAN.

98. «Modernisation de l'OTAN; A Reykjavik, les ministres des Affaires étrangères de l'Alliance définissent la marche à suivre» (11 mars 2007), en ligne : OTAN <<http://www.nato.int>>.

99. *Ibid.*

100. Cependant, Robert Bell, ancien secrétaire général adjoint de l'OTAN pour le soutien de la Défense, explique que, malgré la clarté des déclarations prises lors des différents sommets de Prague et d'Istanbul, des désaccords existent sur les missions de l'OTAN en général et de la NRF en particulier. Ainsi, le déploiement de la NRF en Afghanistan pour assurer la sécurité des élections locales, a soulevé le problème de l'implication de l'OTAN dans des missions qui ne concernent plus exclusivement la défense collective. L'évocation d'un déploiement de l'OTAN au Liban, suite à une mission mandatée par l'ONU, a de nouveau fait apparaître des divergences quant aux théâtres d'opérations dans lesquels l'OTAN pouvait se déployer. Robert Bell, «Le mythe de Sisyphe et la NRF» (11 mars 2007), en ligne : Revue de l'OTAN <<http://www.nato.int/docu/review/2006/issue3/french/art4.html>>. Il

le terrorisme sera au cœur de toutes les réunions ultérieures et lors du sommet de Prague des 21 et 22 novembre 2002, les chefs d'État et de gouvernement des pays de l'OTAN ont adopté un ensemble de mesures parmi lesquelles un nouveau concept militaire de défense contre le terrorisme et un plan d'action pour un partenariat en matière de terrorisme, ceci dans le but de préparer l'OTAN à relever le défi que pose le terrorisme. À Istanbul, en juin 2004, les membres de l'OTAN ont aussi approuvé un ensemble renforcé de mesures propres à accroître la contribution de l'Alliance à la lutte contre le terrorisme en développant notamment, le partage des données du renseignement par un réexamen des structures actuelles du renseignement à l'OTAN et grâce à l'Unité du renseignement sur la menace terroriste, implantée au siège de l'OTAN.

Les États-Unis ont joué un grand rôle dans l'évolution des tâches de l'OTAN puisqu'ils ont tout mis en œuvre pour que la doctrine de l'OTAN reçoive une nouvelle définition. Touchés en plein cœur par les attentats du 11 Septembre 2001, les États-Unis ont voulu faire de la lutte contre le terrorisme leur priorité et celle de l'OTAN. Cependant, cette nouvelle direction peut se heurter à certaines limites. D'une part, la lutte contre le terrorisme passe par un meilleur partage des renseignements. Or, on sait que ce domaine est l'un des plus sensibles au niveau militaire et qu'il est directement lié à l'intégrité nationale des États. D'autre part, en tant qu'organisation purement militaire, l'OTAN n'a pas les moyens nécessaires pour lutter contre le financement du terrorisme, nerf de la guerre. Les États-Unis souhaitent

---

faut souligner que les divergences sont liées à une différence de points de vue entre, d'un côté, ceux qui veulent défendre une conception «euro-centrique» de l'Alliance et, de l'autre côté, les défenseurs d'une vision «euro-atlantique». Il s'agit là de deux visions différentes du rôle des États-Unis et de l'Union européenne. Tomas Valasek, «Le choc de la réalité» (11 mars 2007), en ligne : Revue de l'OTAN <<http://www.nato.int/docu/review/2006/issue2/french/art3.html>>.

Pour une description des différents points de vue sur le rôle de l'article 5. Sebestyén L. v. Gorka, «L'invocation dans son contexte» (11 mars 2007), en ligne : Revue de l'OTAN <<http://www.nato.int/docu/review/2006/issue2/french/art1.html>>.

néanmoins influencer sur la direction vers laquelle doit se tourner l'Organisation, à savoir une organisation de sécurité collective qui ne doit plus avoir de limites géographiques et fonctionnelles d'intervention.

Les États-Unis reconnaissent que l'Alliance a fait beaucoup de progrès depuis la fin de la Guerre froide mais, selon eux, au lendemain du 11 Septembre 2001, elle n'est pas encore prête à mener des opérations de lutte contre le terrorisme. C'est pourquoi, ils ont d'abord préféré réagir en dehors du cadre de l'OTAN en réunissant une coalition<sup>101</sup> afin de faire tomber le régime taliban. Lors de la Conférence de Bonn de 2001<sup>102</sup> au cours de laquelle les dirigeants de l'opposition afghane se sont réunis pour amorcer le processus de reconstruction de leur pays, l'ISAF (*International Security Assistance Force* ou FIAS, Force internationale d'assistance à la sécurité) est créée. Le résultat des accords de Bonn fut la formation d'un gouvernement intérimaire, un plan pour la paix et la sécurité, la reconstruction du pays, la réouverture des institutions-clés et la protection des droits de l'homme. Le Conseil de sécurité des Nations Unies avait alors mandaté le déploiement d'une force multinationale<sup>103</sup>. Il faut préciser que l'ISAF n'est pas une force des Nations Unies mais une coalition de pays volontaires, déployée sous l'autorité du Conseil

---

101. On peut aussi estimer que les États-Unis ne souhaitent pas être paralysés par la nécessité d'un consensus au sein du Conseil de l'Atlantique Nord si la mission engagée venait à évoluer.

102. Cette conférence s'est déroulée du 27 novembre au 5 décembre 2001, sous les auspices de l'ONU (*UN-Talks on Afghanistan*). L'ONU a tenu le rôle de médiateur, l'Allemagne celui de simple hôte. La conférence répondait au «Plan en cinq points» présenté par l'envoyé spécial des Nations Unies, Lakhari Brahimi, le 13 novembre 2001. Julien Thorel, «Les implications de l'Allemagne dans la reconstruction de l'Afghanistan» (2005) 9 *géostratégiques* 59 aux p. 59-76; «Accord définissant les arrangements provisoires applicables en Afghanistan en attendant le rétablissement d'institutions étatiques permanentes» (11 mars 2007), en ligne : Geopolitis <<http://www.geopolitis.net/LES%20DOCUMENTS/ACCORD%20SUR%20L'AFGHANISTAN.pdf>>.

103. *La situation en Afghanistan*, Rés. CS 1386, Doc. off. CS, 4443<sup>e</sup> séance, S/RES/1386 (2001); *La situation en Afghanistan*, Rés. CS 1444, Doc. off. CS, 4651<sup>e</sup> séance, S/RES/1444 (2002).

de sécurité des Nations Unies, financée par les pays fournisseurs de troupes.

L'OTAN a pris officiellement le commandement de l'ISAF<sup>104</sup> le 11 août 2003<sup>105</sup>, succédant ainsi à la Force, dirigée par l'Allemagne, les Pays-Bas et le Canada<sup>106</sup> et menant ainsi sa première mission en dehors de la zone euro-atlantique en prenant la relève de la mission des Nations Unies chargée d'assurer la sécurité à Kaboul. Les effectifs de l'ISAF sont de 6 300 hommes, venant de 36 pays, membres<sup>107</sup> ou non de l'OTAN<sup>108</sup> et placés sous la direction politique du Conseil de l'Atlantique Nord. Le commandement et le contrôle stratégiques sont exercés par le Grand Quartier général des puissances alliées en Europe (SHAPE), à Mons en Belgique, en application des orientations politiques données par le Conseil de l'Atlantique Nord. Il faut souligner que l'OTAN demeure le commandant en chef de la mission dans son intégralité, même si différents États assurent le commandement du quartier général. Le recours à l'OTAN pour assurer la relève permet de résoudre le problème lié à la nécessité

---

104. «L'OTAN est prête pour sa mission en Afghanistan» (11 mars 2007), en ligne : OTAN <<http://www.nato.int/docu/update/2003/08-august/f0806a.htm>>.

105. L'engagement découle de la décision prise le 16 avril 2003 par le Conseil de l'Atlantique Nord et souligne la volonté à long terme de tous les Alliés en faveur de la stabilité et de la sécurité pour le peuple afghan. «Même nom, même drapeau, même mission : l'OTAN renforce son soutien à l'ISAF» (11 mars 2007), en ligne : OTAN <<http://www.nato.int>>.

106. L'ISAF a connu plusieurs phases. *L'ISAF I* a été dirigée par le Royaume-Uni, *l'ISAF II* par la Turquie, *l'ISAF III* par l'Allemagne, le Canada et les Pays-Bas et *l'ISAF IV* par l'OTAN. Diego Ruiz Palmer, «La route de Kaboul» (2003) 2 *Revue de l'OTAN* 11. *L'ISAF V* a été dirigée par le Canada, *l'ISAF VI* est passée sous le commandement de l'Eurocorps, opérant sous les auspices de l'OTAN avec un commandement commun des forces. La Turquie a pris le commandement de la septième mission de l'ISAF. Enfin actuellement, il revient à l'Italie de commander *l'ISAF VIII*.

107. Les pays membres de l'OTAN contributeurs de troupes sont au nombre de 26. «L'Otan en Afghanistan» (11 mars 2007), en ligne : OTAN <<http://www.nato.int>>.

108. Dix pays non OTAN fournissent des troupes à l'ISAF. Des pays non membres de l'OTAN peuvent participer à cette force puisqu'il ne s'agit pas d'une opération de l'OTAN mais d'une mission dirigée par l'OTAN. *Ibid.*

de trouver, tous les six mois, de nouveaux pays pour diriger la mission. La prise en charge du commandement par l'OTAN offre l'avantage d'assurer la pérennité de la direction de la mission. De plus, elle permet de ne pas faire peser sur une nation tout le poids d'une lourde logistique.

Cette mission consistait uniquement, à l'origine, à assurer la sécurité à Kaboul et dans les environs afin que l'Autorité intérimaire afghane et le personnel des Nations Unies soient en mesure d'agir dans un environnement sûr. Le soutien de l'OTAN s'est traduit par la mise en place d'un quartier général sur le théâtre pour le commandement et la coordination de l'opération; la désignation d'un commandant de la force par le Commandant suprême des forces alliées en Europe; la coordination, le commandement et le contrôle stratégiques, exercés par le Grand quartier général des puissances alliées en Europe (SHAPE) et la direction et coordination politiques par le Conseil de l'Atlantique Nord.

Le Conseil de sécurité des Nations Unies<sup>109</sup> a élargi le mandat de l'ISAF à l'ensemble de l'Afghanistan, permettant ainsi à l'OTAN d'opérer en dehors de Kaboul en reprenant la responsabilité de l'Équipe de reconstruction provinciale (PRT) dirigée par l'Allemagne. Les PRT sont des petites équipes de civils et de militaires chargées d'assurer la sécurité des travailleurs humanitaires et de contribuer aux travaux de reconstruction. Les dirigeants alliés ont par ailleurs renforcés la présence de l'OTAN dans le pays<sup>110</sup> par le biais de l'établissement d'Équipes de reconstruction provinciale (PRT) supplémentaires, combinées à des équipes civilo-militaires œuvrant pour étendre l'autorité du gouvernement central afin de faciliter le développement et la reconstruction et de fournir les troupes et les équipements

---

109. *La situation en Afghanistan*, Rés. CS 1510, Doc. off. CS, 4840<sup>e</sup> séance, S/RES/1510 (2003).

110. «Communiqué final Réunion du Conseil de l'Atlantique Nord en session des ministres de la Défense tenue à Bruxelles le lundi 1er décembre 2003» (11 mars 2007), en ligne : OTAN <<http://www.nato.int/docu/pr/2003/p03-148f.htm>>.



nécessaires à cette expansion. En présence du président afghan Hamid Karzai, l'OTAN a annoncé qu'elle assumerait le commandement de quatre nouvelles PRT – les PRT sous direction britannique à Mazar-e-Sharif et Maimana, la PRT sous direction allemande à Feyzabad et la PRT sous direction néerlandaise à Baghlan – en plus de la PRT existante sous direction allemande à Kunduz<sup>111</sup>. En plus de ces cinq PRT, l'OTAN a établi une base de soutien logistique près de Mazar-e-Sharif et des présences satellites temporaires à Sar-e-Pol, Samangan et Sherberghan. L'ISAF est ainsi en mesure de contribuer à la sécurité de neuf provinces afghanes, couvrant une zone d'opérations de 3 600 kilomètres carrés à et autour de Kaboul et de 185 000 kilomètres carrés dans le nord du pays. Ce processus a été achevé le 1<sup>er</sup> octobre 2004, marquant ainsi la fin de la première phase d'extension du mandat de l'ISAF.

Le 10 février 2005, l'OTAN a annoncé une nouvelle extension de la mission de l'ISAF dans l'ouest de l'Afghanistan. Le 31 mai 2005, deux PRT supplémentaires dans les provinces de Herat et de Farah sont passées sous le commandement de l'ISAF. L'extension dans l'ouest de l'Afghanistan s'est poursuivie au cours de l'été 2005 avec l'opérationnalité de deux autres PRT, l'une à Chaghcharan, capitale de la province de Ghor, et la seconde à Qal'eh-Now, capitale de la province de Baghdis. Avec cette extension de la mission de l'ISAF, l'assistance à la sécurité couvrira 50% du territoire afghan<sup>112</sup>.

Les ministres des Affaires étrangères des pays de l'Alliance ont approuvé, le 8 décembre 2005<sup>113</sup>, un plan afin d'étendre la

---

111. «Communiqué du sommet d'Istanbul publié par les chefs d'État et de gouvernement participant à la réunion du Conseil de l'Atlantique Nord tenue à Istanbul le 28 juin 2004» (11 mars 2007), en ligne : OTAN <<http://www.nato.int>>.

112. «Briefing : Afghanistan 8. Extension progressive de la présence de l'OTAN en Afghanistan» (11 mars 2007), en ligne : OTAN <[http://www.nato.int/docu/briefing/afghanistan-2006/html\\_fr/afghanistan08.html](http://www.nato.int/docu/briefing/afghanistan-2006/html_fr/afghanistan08.html)>.

113. «Déclaration; Réunion du Conseil OTAN-Russie au niveau des ministres des Affaires étrangères tenue à Bruxelles le jeudi 8 décembre 2005» (11 mars 2007), en ligne : OTAN <<http://www.nato.int>>.

mission de l'ISAF vers le sud. Ce plan a été mis en œuvre le 31 juillet 2006 lorsque l'ISAF a pris la relève des forces de la Coalition que dirigeaient jusqu'alors les États-Unis dans la région sud de l'Afghanistan, élargissant ainsi sa zone d'opération à six provinces supplémentaires – Daikondi, Helmand, Kandahar, Nimroze, Uruzgan et Zaboul – et assumant le commandement de quatre équipes de reconstruction provinciales supplémentaires.

Le 5 octobre 2006<sup>114</sup>, l'ISAF a pris la relève des forces militaires internationales de la Coalition dans l'est de l'Afghanistan. Cette extension géographique s'est accompagnée d'un accroissement du rôle de l'OTAN, puisque celle-ci doit déployer des équipes d'encadrement et de liaison opérationnelles auprès des unités de l'armée nationale afghane. L'OTAN dirige environ 30 000 soldats originaires de 37 pays et 25 équipes de reconstruction provinciales (PRT). Il s'agit de la première et de la plus grande opération terrestre de l'OTAN hors d'Europe.

Les résultats de l'ISAF ont été plutôt satisfaisants lorsque son action était limitée géographiquement et, on a pu noter que des progrès ont été accomplis dans le cadre de l'action menée pour apporter la paix et la stabilité en l'Afghanistan<sup>115</sup>. Cependant, l'extension de la mission de l'ISAF s'est accompagnée d'une détérioration de la situation et le coût en vies humaines n'a cessé d'augmenter. L'engagement de l'OTAN dans ce pays met à l'épreuve sa capacité à relever les défis du nouvel ordre de sécurité. La mission en Afghanistan a été l'occasion pour l'Organisation, d'élargir ses zones d'intervention géographiques et fonctionnelles, en lui permettant de prendre part à d'autres volets que celui strictement militaire, en participant, par exemple, à la lutte antidrogue ou à la formation de la police. Mais le succès n'est pour l'instant pas total et ne valide pas la transformation voulue

---

114. «Force internationale d'assistance à la sécurité (FIAS); Contribuer à instaurer la sécurité, la stabilité et encourager le développement en Afghanistan» (11 mars 2007), en ligne : OTAN <<http://www.nato.int/issues/isaf/index-fr.html>>.

115. «Communiqué final du 9 juin 2005; Réunion du Conseil de l'Atlantique Nord en session des ministres de la Défense» (11 mars 2007), en ligne : OTAN <<http://www.nato.int>>.

par les États-Unis de l'OTAN, en une organisation mondiale de la sécurité. L'avenir de la mission de l'ISAF sera décisif pour son évolution car, selon les hauts fonctionnaires de l'Organisation eux-mêmes : «[...] un Afghanistan *failli* signerait la faillite de l'OTAN»<sup>116</sup>. L'Afghanistan reste donc la priorité de l'OTAN<sup>117</sup>.

Toutefois, d'autres missions sont en cours, comme celle permettant d'illustrer la nouvelle orientation de l'Alliance en Irak. Conformément à la résolution 1546 du Conseil de sécurité de l'ONU<sup>118</sup>, tous les membres de l'Alliance contribuent à la mission entreprise par l'OTAN pour aider le gouvernement irakien démocratiquement élu, à former et à équiper les forces de sécurité irakiennes, afin qu'il soit le plus tôt possible en mesure d'assumer pleinement la responsabilité de la stabilité du pays et de la sécurité de la population. Au sommet d'Istanbul, en juin 2004, les membres de l'OTAN ont décidé d'aider le gouvernement provisoire irakien à entraîner ses forces de sécurité en mettant en place une Mission OTAN qui serait chargée de s'occuper de cet entraînement dans le pays même et dans d'autres endroits de la région, ou encore en Europe<sup>119</sup>. Le premier contingent affecté à la Mission a été déployé au mois d'août

---

116. «Déclaration du sommet de Riga» (11 mars 2007), en ligne : OTAN <<http://www.nato.int>>.

117. Le 26 janvier 2007, plusieurs membres de l'Alliance ont fait part de leur intention d'envoyer des troupes supplémentaires en Afghanistan et de leur volonté de renforcer l'aide et d'augmenter le nombre des personnels civils afin d'intensifier le travail de reconstruction et de développement. «Chronologie FIAS : janvier 2007» (11 mars 2007), en ligne : Opérations de paix <[http://www.operationspaix.net/spip.php?page=chronologie&id\\_mot=85&date=2007-01](http://www.operationspaix.net/spip.php?page=chronologie&id_mot=85&date=2007-01)>.

118. *La situation entre l'Iraq et le Koweït*, Rés. CS 1546, Doc. off. CS, 4987<sup>e</sup> séance, S/RES/1546 (2004).

119. Certains membres des forces irakiennes suivent un entraînement au Centre de guerre interarmées de l'OTAN de Stavanger, en Norvège, d'autres à l'École de l'OTAN d'Obergamergau, en Allemagne. La France quant à elle, s'est engagée dans une mission bilatérale de formation des policiers irakiens au Qatar. L'Espagne pour sa part, forme des démineurs irakiens dans une base proche de Madrid. Daniel Speckhard, «Contribuer à la stabilisation de l'Irak» (11 mars 2007), en ligne : OTAN <<http://www.nato.int>>.

2004<sup>120</sup>. En septembre 2004, le Conseil de l'Atlantique Nord (CAN)<sup>121</sup> a étendu le mandat de la Mission à la fondation d'un centre d'entraînement, d'enseignement et de doctrine en Irak, faisant passer l'effectif du contingent initial de 50 à 300 hommes.

De plus, l'OTAN coordonne l'aide matérielle et technique aux autorités irakiennes à travers un groupe de coordination de la formation et de l'équipement, mis en place au siège de Bruxelles en octobre 2004<sup>122</sup>. L'OTAN continue en même temps d'apporter un soutien à la Pologne pour la direction de la division multinationale dans le centre sud de l'Irak.

Toutefois, la Mission de formation de l'OTAN en Irak ne reçoit, de la part de certains Alliés, qu'un appui marginal. Cette faible implication peut s'expliquer par la multiplication des engagements et des déploiements en Afghanistan et ailleurs. De plus, les «clauses suspensives nationales» – c'est-à-dire les restrictions imposées aux forces et autres personnels affectés à des missions de l'OTAN – compliquent le déroulement de la mission de formation de l'OTAN en Irak. Ces clauses empêchent par exemple, certains militaires affectés aux états-majors multinationaux de l'OTAN d'y prendre part, ce qui peut nuire au bon déroulement de la mission irakienne et en soi, au principe du consensus. Malgré la réticence de certains membres, l'OTAN a

---

120. Cette mission est placée sous la conduite du général de division Carel Hilderink (NL) puis du général de division Agner Rokos (DK); ce dernier fera office d'adjoint au commandant de la Mission, le général de corps d'armée David Petraeus (US) qui assure également le commandement du *Multinational Security Transition Command in Iraq*. «L'OTAN envoie un premier groupe d'officiers en Irak» (11 mars 2007), en ligne : Comité de Surveillance OTAN <<http://www.csotan.org>>.

121. Le Conseil de l'Atlantique Nord est composé de représentants permanents de tous les pays membres, qui se réunissent au moins une fois par semaine. Le Conseil peut aussi se réunir avec les ministres des Affaires étrangères, les ministres de la Défense ou les chefs d'État et de gouvernement. Le CAN est la plus haute instance de prise de décisions de l'OTAN. OTAN, «Manuel de l'OTAN», *supra* note 2 à la p. 35.

122. Le Danemark et la Roumanie ont fourni du matériel militaire tandis que la Grèce, la Norvège et le Luxembourg ont consenti une assistance financière. «Premier stage OTAN de formation pour l'Iraq Organisé en Norvège» (11 mars 2007), en ligne : OTAN <<http://www.nato.int>>.

prouvé qu'elle pouvait sortir de son champ d'action et continuer d'exister. Dans ce même but, l'Organisation veut instaurer un réseau de relations avec certains pays du Moyen-Orient, en collaborant avec eux dans les domaines de la lutte contre le terrorisme et de l'interdiction des ADM et ainsi qu'en favorisant des opérations de stabilité.

La dernière mission de l'OTAN se déroule au Darfour. C'est l'Union africaine (UA) qui a fait appel à l'OTAN afin de renforcer les moyens de l'AMIS (*African Union Mission in Sudan*) et sa Force de paix au Darfour<sup>123</sup>. Son objectif est de faire passer ses effectifs de 2 700 soldats à 7 700. Pour cela, les pays africains composant cette mission qui ont les troupes nécessaires mais pas les moyens de les équiper, de les transporter comme de les soutenir, ont demandé à l'OTAN, le 26 avril 2005 par le biais de l'Union africaine<sup>124</sup>, d'examiner les possibilités d'apporter un soutien logistique à l'opération de maintien de la paix, menée par l'Union africaine au Darfour. Le 17 mai 2005<sup>125</sup>, M. Alpha Oumar Konaré, président de l'Union africaine, est venu en visite à l'OTAN afin de donner des précisions sur le type d'aide dont l'Union avait besoin. Le 25 mai 2005<sup>126</sup>, le Conseil de l'Atlantique Nord a approuvé une première série de mesures militaires que l'Alliance pourrait prendre pour soutenir la mission de l'Union africaine, notamment dans les domaines suivants : le transport aérien stratégique ; la formation, par exemple sur les plans du commandement, du contrôle et de la planification opérationnelle, ainsi que

---

123. «L'OTAN apportera un soutien logistique à l'UA au Darfour» (11 mars 2007), en ligne : USINFO <<http://usinfo.state.gov/fr/Archive/2005/Jun/10-239970.html>>.

124. «L'OTAN va étudier la possibilité de soutenir l'Union africaine au Darfour» (11 mars 2007), en ligne : OTAN <<http://www.nato.int>>.

125. «Le président de l'Union africaine en visite à l'OTAN» (11 mars 2007), en ligne : OTAN <<http://www.nato.int>>.

126. «Déclaration du porte-parole de l'OTAN sur le soutien à l'Union Africaine pour le Darfour» (11 mars 2007), en ligne : OTAN <<http://www.nato.int>>.

l'amélioration de la capacité de la mission d'utiliser le renseignement<sup>127</sup>.

Le 26 mai 2005<sup>128</sup>, en Éthiopie, le secrétaire général de l'OTAN, M. Jaap de Hoop Scheffer, a déclaré que l'Alliance était prête à apporter une aide logistique à l'Union africaine pour sa mission au Darfour et à l'assister pour la formation des personnels engagés dans cette mission, accomplissant ainsi pour la première fois de son histoire, une opération sur le continent africain. L'OTAN doit transporter des soldats de la paix appartenant aux pays africains fournisseurs de troupes. Elle formera les troupes de l'Union africaine pour l'administration d'un quartier général multinational et la gestion des données du renseignement. Grâce aux avions gros porteurs canadiens et américains, l'OTAN devrait monopoliser le transport de troupes africaines.

En juillet 2005, l'OTAN a transporté par avion au Darfour plus de 2 000 soldats supplémentaires<sup>129</sup> de l'Union africaine, afin d'aider cette dernière à renforcer sa présence sur place. Une mission de transport aérien de l'OTAN qui s'est déroulée jusqu'en septembre 2005. En plus de cela, l'OTAN a apporté son aide pour former le personnel de l'Union africaine dans les principales fonctions de QG, à savoir : le commandement et le contrôle, la logistique et la planification. La coordination du transport aérien se fait à partir du SHAPE. Une cellule spéciale d'une vingtaine de personnes s'occupant des mouvements aériens de l'Union africaine au siège de cette dernière à Addis-Abeba, coordonne les mouvements des troupes arrivant sur le terrain. L'Union africaine a l'entière direction des opérations.

---

127. «Feu vert au soutien de l'OTAN à l'Union africaine pour le Darfour» (11 mars 2007), en ligne : OTAN <<http://www.nato.int/docu/update/2005/06-june/f0609a.htm>>.

128. *Le président de l'Union africaine en visite à l'OTAN*, *supra* note 125.

129. Les avions américains C130 et C17 ont acheminé environ 1 350 soldats dans la région, alors que le Royaume-Uni assurait le transport de 680 autres. «Assistance de l'OTAN à l'Union africaine pour le Darfour» (11 mars 2007), en ligne : OTAN <<http://www.nato.int>>.

Dans le cadre de cette opération, le Conseil de l'Atlantique Nord a réaffirmé sa détermination à œuvrer avec l'Union européenne, les Nations Unies et tous les donateurs concernés, dans un esprit de complémentarité et de transparence<sup>130</sup>. De leur côté, les ministres des Affaires étrangères de l'UE, réunis à Bruxelles doivent se mettre d'accord sur un paquet de mesures à proposer au nom de l'Union. Présente sur place depuis six mois, mais peu visible<sup>131</sup>, l'Union européenne ne veut pas se faire voler la vedette par l'OTAN, nouvelle venue dans la région. Les Vingt-cinq, qui sont les plus gros pourvoyeurs d'aide humanitaire au Darfour (445 millions d'euros depuis 2003), se disent prêts «à apporter tout le soutien possible aux efforts militaires, policiers et civils» de l'Union africaine<sup>132</sup>. Le Conseil de l'Union européenne a soutenu le projet d'une action commune pour appuyer l'Union africaine. Le contrôle politique et la direction stratégique de l'action sont confiés au Comité politique et de sécurité (COPS) et la coordination est dévolue au représentant spécial de l'Union européenne, M. Pekka Haavisto<sup>133</sup>. L'action de l'UE se décompose en deux volets : le premier est civil et doit permettre la mise à disposition de forces de police européennes pour le commandement policier d'AMIS II (African Union Mission in

---

130. «L'expérience opérationnelle que l'OTAN a acquise avec ses forces armées dans les domaines des activités postérieures à un conflit et de stabilisation, démontre clairement l'importance de poursuivre une coopération étroite entre l'Alliance et les autres organisations internationales, ainsi que les autres acteurs, de même que la nécessité d'optimiser cette coopération». «Communiqué final; Réunion du Conseil de l'Atlantique Nord en session des ministres de la Défense le 9 juin 2005» (11 mars 2007), en ligne : OTAN <<http://www.nato.int>>.

131. L'UE a contribué en 2004 au déploiement de la commission du cessez-le-feu et de la première mission de l'UA au Darfour : contribution financière complétée par la présence d'experts travaillant avec les soldats de l'UA. L'Union européenne a engagé, en novembre 2004, une enveloppe de 80 millions d'euros pour financer la mission de l'Union africaine. «Darfour» (11 mars 2007), en ligne : ministère des Affaires étrangères <[http://www.diplomatie.gouv.fr/fr/rubrique.php3?id\\_rubrique=1091](http://www.diplomatie.gouv.fr/fr/rubrique.php3?id_rubrique=1091)>.

132. «Rôles de l'OTAN et de l'Union européenne au Darfour» (11 mars 2007), en ligne : centre démocrate humaniste <<http://www.lecdh.be>>.

133. Action commune 2005/556/PESC du Conseil du 18 juillet 2005 portant nomination du représentant spécial de l'UE pour le Soudan; *Journal officiel de l'Union européenne*, 20 juillet 2005, L188/43.

Sudan) ; la formation du personnel et la mise en place d'une unité de police. Le second est militaire et doit fournir une assistance à la chaîne de commandement d'AMIS II; mettre à disposition des observateurs militaires; participer à la formation de militaires et aider au transport stratégique et tactique<sup>134</sup> ainsi qu'à l'hébergement des soldats de l'UA.

Le partage des tâches entre l'Union européenne et l'OTAN n'est pas très lisible puisque les deux organisations interviennent parfois dans des domaines similaires, comme le transport aérien ou la formation des troupes de l'Union africaine. Concernant le secteur aérien, la bataille avec l'Union européenne se joue entre Américains et Français au niveau de la surveillance<sup>135</sup>, la France disposant d'une importante base militaire au Tchad<sup>136</sup>. Pour l'Union européenne<sup>137</sup>, celle-ci s'est d'ailleurs engagée à transporter un bataillon complet de soldats sénégalais avec leur matériel ; l'Allemagne a prévu six avions pour le transport de huit bataillons de soldats de l'Union africaine et celui de 380 policiers ; la Grèce a offert l'utilisation de deux avions et le Luxembourg a

---

134. «Conseil Affaires générales et relations extérieures 10.813/05» (11 mars 2007), en ligne: Conseil de l'Union Européenne <[http://www.consilium.europa.eu/cms3\\_applications/Applications/newRoom/loadBook.asp?target=2005&bid=71&lang=2&cmsId=349](http://www.consilium.europa.eu/cms3_applications/Applications/newRoom/loadBook.asp?target=2005&bid=71&lang=2&cmsId=349)>.

135. Les États-Unis disposent de capacités militaires bien plus importantes que l'UE et pourraient par exemple, fournir des avions de surveillance du territoire Awacs. Mais, la décision du président Konaré de solliciter l'OTAN et pas seulement l'UE, correspond au choix politique de vouloir impliquer les États-Unis et d'éviter, comme il l'a répété durant son séjour aux instances de l'UE, tout «partenariat exclusif».

136. La France a présenté à Bruxelles une série de contributions pour appuyer la mission, dont la mise à disposition d'une dizaine d'officiers planificateurs et d'experts en logistique, 1 200 heures de vols d'avions gros porteurs, des moyens aériens de surveillance, avec un Mirage F1CR, un Atlantique2 et un ravitailleur Boeing C135. La France a mis des moyens militaires à la disposition de l'UE mais aucun pour l'OTAN. «Activité : La coopération militaire entre les forces françaises et américaines» (11 mars 2007), en ligne : Ambassade de France aux Etats-Unis <<http://www.ambafrance-us.org/fr/ambassade/defense/defense3.asp>>.

137. «Activité de l'Union européenne; Politique étrangère et sécurité» (11 mars 2007), en ligne : Europa <<http://europa.eu>>.



offre une enveloppe de 75 000 euros pour les frais découlant de l'utilisation d'avions nolisés. L'OTAN a, quant à elle, transporté environ 3 800 soldats appartenant aux pays africains fournisseurs de troupes, dont elle assure la coordination à partir de l'Europe. Le chevauchement de l'action des deux organisations concerne aussi la formation des soldats, puisque chacune d'elles s'y est engagée. La formation est basée sur la planification et l'étude de foyers stratégiques, grâce à des techniques permettant d'aboutir à une analyse globale, identifiant les moyens de sortie de crises. De plus, les officiers de l'UA se sont montrés particulièrement intéressés par l'expérience de l'OTAN en Afghanistan et par le concept de NRF<sup>138</sup>. L'organisation entre les différents intervenants est d'autant plus compliquée que c'est l'Union africaine qui pilote les opérations depuis son siège à Addis-Abeba.

La mission de l'OTAN est un succès puisque le Conseil de l'Atlantique Nord a décidé, le 30 septembre 2005, de prolonger son soutien à l'Union africaine jusqu'au 31 mars 2006 en continuant d'une part, le transport des troupes et d'autre part, la formation des officiers<sup>139</sup>. Cette décision fait suite à une demande de l'UA qui souhaitait davantage d'appui de la part de l'OTAN, marquant ainsi pour l'Organisation sa capacité à apporter une présence significative au Darfour afin de contribuer à l'arrêt de la violence.

Le 2 juin 2006<sup>140</sup>, le président de la Commission de l'Union africaine, M. Kounaré, a demandé officiellement à l'OTAN un soutien supplémentaire pour la constitution de capacités et l'aide à la formation des troupes. Le 7 juin, le Conseil de l'Atlantique Nord a décidé de prolonger jusque fin 2006 l'assistance en matière de transport aérien fournie par l'OTAN à l'Union africaine. Le 14

---

138. «NATO diversifies aid to African Union» (11 mars 2007), en ligne : OTAN <<http://www.nato.int/shape/news/2005/08/050811a.htm>>.

139. «NATO continues to offer logistical Support to African Union» (11 mars 2007), en ligne : OTAN <<http://www.shape.nato.int/shape/news/2005/10/051006c.htm>>.

140. «L'assistance de l'OTAN à l'Union africaine pour le Darfour; Quelles sont les origines de cette assistance?» (11 mars 2007), en ligne : OTAN <<http://www.nato.int/issues/darfur/evolution-f.html>>.

décembre 2006, l'OTAN a décidé de prolonger de six mois sa mission de soutien et, le 15 janvier dernier, l'Alliance a accepté d'assurer la formation du personnel au QG de la Mission de l'UA à Khartoum, en plus de la formation dispensée aux QG d'El Fasher et d'Addis Abeba<sup>141</sup>.

Au final, l'action de l'OTAN qui a été plus limitée que celle de l'UE<sup>142</sup> a pourtant été plus visible et il apparaît que bon nombre d'officiers ignorent le rôle de l'UE. Il n'est donc pas étonnant que le Commissaire de l'Union africaine pour la paix et la sécurité, M. Saïd Djinnit, se soit rendu au siège de l'OTAN le 2 mars dernier, afin d'aborder le problème de la détérioration de la situation dans la région au niveau de la sécurité, et plus largement, les besoins à long terme de l'Union africaine en matière de développement des capacités et de formation. Il a, à cette occasion, demandé à l'OTAN d'étudier la possibilité d'étendre la coopération à d'autres domaines<sup>143</sup>.

Cette arrivée de l'OTAN en Afrique n'est qu'une première étape. En 2006, des manœuvres de la Force de réaction rapide, prévues initialement en Mauritanie, ont déjà eu lieu dans les îles africaines du Cap-Vert. C'était la première fois qu'un exercice d'une telle ampleur était organisé en Afrique. L'opération baptisée *Livex 06* a impliqué plusieurs milliers de soldats et a testé toutes les composantes (terrestre, maritime et aéroportée) de la NRF<sup>144</sup>. La présence de l'OTAN en Afrique symbolise la conséquence de sa transformation et la fin d'une époque où les anciennes puissances

---

141. *Ibid.*

142. L'UE est intervenue, tant sur le plan militaire qu'humanitaire, en tant que principal bailleur de fonds mais n'a pas su s'imposer comme partenaire privilégié de l'UA. Marie Molinié, «La coopération entre l'UE et l'UA au Darfour : Un bilan contrasté» (11 mars 2007), en ligne : Le Taurillon <<http://www.taurillon.org/La-cooperation-entre-l-UE-et-l-UA>> [La coopération entre l'UE et l'UA au Darfour].

143. «L'Union africaine souhaite établir une coopération à long terme avec l'OTAN» (11 mars 2007), en ligne : OTAN <<http://www.nato.int/docu/update/2007/03-march/f0302a.html>>.

144. «L'Otan va tester pour la première fois sa force de réaction en Afrique» (11 mars 2007), en ligne : AMI <<http://www.ami.mr/fr/Archives2005/avril/12/10.htm>>.

coloniales y jouaient seules un rôle<sup>145</sup>. L'appui de l'OTAN à la mission de l'Union africaine a facilité «la création de liens entre les principales organisations régionales»<sup>146</sup> sur le continent africain et devrait marquer le commencement d'une implication de plus en plus grande de l'Organisation dans cette région, dans le cadre d'opérations de maintien de la paix mandatées par les Nations Unies. Cette dernière condition est fondamentale parce qu'elle permet, d'une part, l'établissement d'un consensus au sein de l'Alliance en matière d'intervention et, d'autre part, une certaine légitimation internationale quant au rôle mondial de l'OTAN que l'Alliance entend développer en agissant en dehors de sa zone d'influence originelle.

En conclusion, malgré l'évolution de l'Alliance consécutive aux changements géopolitiques, les membres mêmes de l'OTAN ne sont pas unanimes sur la fonction de l'Organisation. Pour les États-Unis, l'actualisation et la diversification des tâches montrent que l'OTAN a toujours un rôle et doit rester une alternative pour assurer la défense territoriale des Alliés et surtout pour entreprendre, au besoin, dans le cadre de l'OTAN, des missions non article 5 de gestion de crises. Pour les États européens, membres originaires, l'OTAN a longtemps symbolisé la protection américaine face à la menace soviétique. Elle reste pour certains le fondement de la défense collective alors que, pour d'autres, dont la France et l'Allemagne, il est nécessaire d'édifier une défense européenne autonome. Pour les nouveaux membres européens, elle représente une assurance protectrice vis-à-vis de la Russie en même temps qu'un gage de progrès dans les réformes de leurs armées par le biais du processus d'intégration du PPP puis du

---

145. Antoine Sadoux, «La PESD : un moyen d'assurer la position de la France en Afrique ?» (2005) 10 Défense nationale et sécurité collective 67 aux pp. 69-77.

146. Déclaration du général James Jones, commandant en chef des forces américaines en Europe et commandant suprême des forces alliées en Europe (SACEUR), à l'occasion d'une déposition devant la commission sénatoriale des relations étrangères, Washington, DC, 28 septembre 2005. «U.S. Military Missions in Africa», <[http://www.senate.gov/~foreign/testimony/2005/Jones Testimony050928.pdf](http://www.senate.gov/~foreign/testimony/2005/Jones%20Testimony050928.pdf)>.

Plan d'action pour l'adhésion (MAP)<sup>147</sup>. Finalement, pour tous, l'Alliance est le cadre de coopération politico-militaire les liant de manière permanente entre eux et surtout aux États-Unis. L'OTAN doit perdurer au moins pour demeurer une enceinte dans laquelle Américains et Européens peuvent discuter de leurs intérêts stratégiques.

Sans contredit, l'une des plus grandes évolutions qu'a récemment connue l'OTAN est la disparition des références aux zones article 5 ou *non-article 5*. En effet, depuis Prague en 2002, le facteur géographique a perdu de sa pertinence. L'OTAN intervient désormais là où son intérêt la guide, c'est-à-dire vers de nouveaux théâtres géographiques comme en Afrique, dans de nouvelles missions comme c'est le cas de la lutte contre le terrorisme ou de l'aide humanitaire et avec de nouveaux instruments comme la NRF. Elle évolue donc vers une véritable organisation de sécurité, au sens large.

Cette nouvelle vision élargie de la mission de l'OTAN s'accompagne de l'accroissement des capacités militaires de l'Organisation et de l'adaptation des forces armées qui deviennent plus souples et plus aisément déployables dans le cadre de la NRF. Cependant, malgré la mise en place de ces nouveaux moyens créés pour s'adapter au nouvel environnement stratégique, les membres alliés ont de plus en plus de mal à se mettre d'accord sur l'usage de cette force. On peut donc imaginer qu'à l'avenir, les missions de l'OTAN pourraient prendre trois formes. Tout d'abord, l'OTAN pourra conduire des opérations de maintien de la paix et d'autres opérations d'après conflit sous son propre drapeau, comme ce fut le cas au Kosovo. Ensuite, l'OTAN pourra servir de cadre pour aider les coalitions de pays déterminés à agir, comme en Afghanistan. Enfin, l'Organisation pourra servir de sous-

---

147. Le Plan d'action pour l'adhésion (MAP) doit aider les pays qui souhaitent entrer dans l'Alliance en leur donnant conseils, aide et soutien pratique concernant tous les aspects de l'adhésion à l'OTAN. «Le Plan d'action pour l'adhésion à l'OTAN» (11 mars 2007), en ligne : U.S. Department of State <<http://usinfo.state.gov>>.

contractant pour les opérations de maintien de la paix et de sanction de l'ONU, comme au Darfour.

La transformation de l'OTAN a aussi été abordée lors du sommet de Riga des 28 et 29 novembre 2006<sup>148</sup>. Toutefois, plusieurs points, pourtant évoqués dans l'ordre du jour<sup>149</sup>, n'ont pas été discutés. D'une part, l'Alliance ne s'est pas prononcée sur le financement commun des opérations qui jusque-là était supporté seulement par les États qui étaient engagés. Sur ce point, les chefs d'État et de gouvernement ont seulement encouragé les États à augmenter les «dépenses de défense en termes réels»<sup>150</sup>. D'autre part, le sommet de Riga devait aborder la question d'un nouveau type de partenariat mondial renforcé avec des pays qui «défendent [ses] valeurs et préoccupations en matière de sécurité»<sup>151</sup> comme l'Australie, la Nouvelle-Zélande, la Corée du Sud et le Japon. Or, ces pays n'ont même pas été mentionnés lors du sommet. Finalement, la discussion sur l'élargissement futur de l'OTAN, qui devait être l'un des thèmes principaux du sommet, a perdu beaucoup de son importance. Pour l'Albanie, la Croatie et l'ex-République yougoslave de Macédoine, des négociations d'accession pourront être ouvertes en 2008<sup>152</sup>. Pour la Géorgie et l'Ukraine, seule la possibilité d'ouvrir un dialogue a été indiquée<sup>153</sup>. L'Alliance a invité la Bosnie-Herzégovine, le Monténégro et la Serbie à adhérer au Partenariat pour la paix et au Conseil de partenariat euro-atlantique, ce qui est un premier pas vers l'intégration et constitue un revirement de position, puisque l'Alliance avait toujours posé la condition de l'arrestation de Mladic et Karadzic comme préalable à la poursuite des relations avec la Serbie.

---

148. «Déclaration du Sommet de Riga» (11 mars 2007), en ligne : OTAN <<http://www.nato.int/docu/pr/2006/p06-150f.htm>>.

149. Jaap de Hoop Scheffer, «Quelques réflexions à propos du Sommet de Riga» (11 mars 2007), en ligne : OTAN <<http://www.nato.int/docu/review/2006/issue4/french/art1.html>>.

150. *Déclaration du Sommet de Riga*, *supra* note 148 au point 26.

151. *La coopération entre l'UE et l'UA au Darfour*, *supra* note 142.

152. *Déclaration du Sommet de Riga*, *supra* note 148 au point 30.

153. *Ibid.* point 37.

L'un des thèmes majeurs de ce sommet a été l'Afghanistan. Toutefois, même si ce sujet occupe les points 4 à 8 de la Déclaration finale du sommet, aucune décision, quant à l'augmentation des moyens déployés, n'a été prise<sup>154</sup>. Mais, les faibles avancées sur le dossier afghan mettent surtout en lumière une vision stratégique différente entre les États-Unis et les Européens. Les premiers souhaitant élargir l'OTAN afin qu'elle devienne davantage une alliance mondiale<sup>155</sup> qu'une alliance transatlantique, alors que les seconds souhaitent s'exempter de la tutelle américaine et veulent éviter que l'Alliance ne soit formée de troupes à la disposition des États-Unis.

D'autres points ont été abordés. D'une part, les chefs d'État et de gouvernement ont souligné le rôle de catalyseur de la NRF «pour la transformation et l'interopérabilité»<sup>156</sup>. Ils ont réaffirmé que la NRF avait atteint sa «capacité opérationnelle finale»<sup>157</sup>.

---

154. La seule décision nouvelle est à l'initiative et porte sur la création d'un groupe de contact destiné à favoriser l'émergence d'une solution politique globale. Ce groupe réunirait «les pays de la région, les pays contributeurs de troupes (y compris des pays non membres de l'OTAN comme la Nouvelle-Zélande) et les organisations internationales (ONU, Banque mondiale notamment)». «La France propose un groupe de contact sur l'Afghanistan» (11 mars 2007), en ligne : La représentation permanente de la France au Conseil de l'Atlantique Nord <[http://www.rpfrance-otan.org/article.php3?id\\_article=435](http://www.rpfrance-otan.org/article.php3?id_article=435)>. Toutefois, le secrétaire général de l'OTAN, Jaap de Hoop Scheffer, a déclaré que ce projet avait peu de chances de voir le jour, précisant que «[l']on s'oriente plutôt vers l'amélioration des cénacles de discussion existants». «Chronologie FIAS : janvier 2007» (11 mars 2007), en ligne : Operations de paix<[http://www.operationspaix.net/spip.php?page=chronologie&id\\_mot=85&date=2007-01](http://www.operationspaix.net/spip.php?page=chronologie&id_mot=85&date=2007-01)>.

155. C'est pourquoi les États-Unis soutenaient le rapprochement avec l'Australie, le Japon, la Corée du Sud et la Nouvelle-Zélande.

156. *Déclaration du Sommet de Riga*, *supra* note 148 au point 23.

157. *Ibid.* De plus, afin de poursuivre l'adaptation des forces, les chefs d'État et de gouvernement ont pris une série de mesures, telles l'augmentation des moyens de transport stratégique, la transformation des forces d'opérations spéciales, l'aptitude à apporter un soutien militaire aux opérations de stabilisation et aux efforts de reconstruction dans toutes les phases d'une crise..., point 24.

D'autre part, la Directive politique globale<sup>158</sup> qui donne un «cadre et des orientations politiques pour la poursuite de la transformation de l'OTAN»<sup>159</sup> vers les 10 à 15 prochaines années, a été adoptée bien qu'elle soit moins ambitieuse que lors de la préparation du sommet au printemps 2006. Cependant, il faut souligner la reconnaissance explicite du rôle de l'UE en matière de sécurité internationale<sup>160</sup>.

En conclusion, le sommet de Riga a fait ressortir des divergences sur la vision stratégique et le rôle de l'OTAN que l'on croyait disparues. Cependant, ces dissensions sont le signe de la vitalité de l'OTAN qui demeure «un lieu en permanente effervescence»<sup>161</sup> et dont la «crise interne lui sert [...] à évoluer»<sup>162</sup>.

---

158. «Directive politique globale; Entérinée par les chefs d'État et de gouvernement de l'OTAN» (11 mars 2007), en ligne : OTAN <<http://www.nato.int/docu/basic/b061129f.htm>>.

159. *Déclaration du Sommet de Riga*, *supra* note 148 au point 2.

160. *Ibid.* au point 41.

161. Yves Boyer, «L'OTAN après le Sommet de Riga» (11 mars 2007), en ligne : Fondation pour la recherche stratégique <<http://www.frstrategie.org/barreCompetences/secuEuropeenne/20061220.pdf>>.

162. *Ibid.*

**Allied Command Operations (ACO)**  
**Supreme Headquarters Allied Power Europe –**  
**SHAPE - Mons, BE**

- 1) Joint Force Command HQ Brunssum** - Brunssum, NL :
  - ⇒ Command Component Maritime HQ Northwood, UK
  - ⇒ Command Component Air HQ Ramstein, GE
  - ⇒ Joint Headquarters Northeast - JHQ NORTHEAST - Karup, DA (deactivated)
  - ⇒ Command Component Land HQ Heidelberg, GE
- 2) Joint Force Command HQ Naples** - Naples, IT
  - ⇒ Command Component Maritime HQ Naples, IT
  - ⇒ Command Component Air HQ Izmir, TU
  - ⇒ Command Component Land HQ Madrid, SP
  - ⇒ Joint Headquarters South - JHQ SOUTH - Verona, IT (deactivated)
  - ⇒ Joint Headquarters Southcentre - JHQ SOUTHCENT - Larissa, GR
  - ⇒ Joint Headquarters Southeast - JHQ SOUTHEAST - Izmir, TU (deactivated)
- 3) Joint Headquarters Lisbon** - Lisbon, PO
- 4) Rapidly Deployable Corps Headquarters**
  - ⇒ Allied Command Europe Rapid Reaction Corps (ARRC) HQ - Rheindalen (Germany)
  - ⇒ EUROCORPS HQ in Strasbourg (France)
  - ⇒ Rapid Deployable Italian Corps - Milan (Italy)
  - ⇒ Rapid Deployable Turkish Corps HQ - Istanbul (Turkey)
  - ⇒ Rapid Deployable German-Netherlands Corps HQ - Münster (Germany)
  - ⇒ Rapid Deployable Spanish Corps HQ in Valencia (Spain)



**5) Other Staffs and Commands Responsible to SACEUR**

- ⇒ The Reaction Forces (Air) Staff - RF(A)S - Kalkar – GE
- ⇒ NATO Airborne Early Warning Force (NAEWF)
- ⇒ Immediate Reaction Forces (Maritime)
- ⇒ ACE Mobile Force - AMF - Heidelberg, GE
- ⇒ Standing Naval Force Atlantic – STANAVORLANT
- ⇒ Standing Naval Forces Mediterranean – STANAVFORMED
- ⇒ Standing Naval Forces Channel – STANAVFORCHAN

**Allied Command Transformation (ACT) Headquarters  
Supreme Allied Commander Transformation - HQ SACT -  
Norfolk, US**

- 1) Joint Warfare Centre - JWC - Stavanger, NO**
- 2) SACLANT Undersea Research Centre (SACLANTCEN) - La Spezia, IT**
- 3) NATO School (SHAPE) - Oberammergau, GE**



**RDUS**

# **Revue de DROIT**

**UNIVERSITÉ DE SHERBROOKE**

**Titre :** LES MODIFICATIONS À LA LOI SUR LA PROTECTION DE LA  
JEUNESSE CONCERNANT LES MESURES PRIVATIVES DE LIBERTÉ  
DANS LES CENTRES DE RÉADAPTATION

**Auteur(s) :** Julie DESROSIERS  
Lucie LEMONDE

**Revue :** *RDUS*, 2006-2007, volume 37, numéro 2

**Pages :** **393-439**

**ISSN :** 0317-9656

**Éditeur :** Université de Sherbrooke. Faculté de droit.

**URI :** <http://hdl.handle.net/11143/11839>

**DOI :** <https://doi.org/10.17118/11143/11839>

*Page vide laissée intentionnellement.*

## ARTICLE

---

# **LES MODIFICATIONS À LA LOI SUR LA PROTECTION DE LA JEUNESSE CONCERNANT LES MESURES PRIVATIVES DE LIBERTÉ DANS LES CENTRES DE RÉADAPTATION**

par Julie DESROSIERS\*  
Lucie LEMONDE\*\*

*Suite à une consultation générale en commission parlementaire, la Loi sur la protection de la jeunesse a été amendée en juin 2006. Les auteures analysent deux modifications, soit celles concernant les mesures d'isolement dans les centres de réadaptation pour jeunes et l'hébergement dans les unités d'encadrement intensif. Le nouvel article 10 LPJ spécifie que les mesures, notamment l'isolement, prévues à l'article 118.1 de la Loi sur les services de santé et les services sociaux, ne peuvent jamais être utilisées à titre de mesure disciplinaire. Les auteures décrivent les diverses mesures de confinement employées dans les centres pour déterminer dans quel cas chacune d'elles équivaut à de l'isolement au sens de 118.1 LSSSS et dont l'utilisation à titre de sanction disciplinaire est dorénavant spécifiquement interdite dans la LPJ. L'article 11.1.1 quant à lui qualifie de recours exceptionnel l'hébergement dans une unité d'encadrement intensif et en circonscrit l'utilisation. Il est maintenant prévu que l'hébergement dans ce type d'unité dont l'aménagement physique et les conditions de vie sont très contraignants ne peut jamais être imposé à titre de mesure disciplinaire, mais uniquement quand il existe un risque sérieux qu'un enfant présente un danger pour lui-même ou pour autrui. Les auteures tentent de circonscrire les garanties procédurales requises dans la prise de décision d'envoyer un enfant en encadrement intensif pour répondre aux exigences de la justice fondamentale des articles 7 de la Charte canadienne et 24 de la Charte québécoise.*

---

\* . Professeure à la Faculté de droit de l'Université Laval.  
\*\* . Professeure au département des Sciences juridiques de l'UQÀM.

*Following a general consultation by parliamentary committee, the Youth Protection Act was amended in June 2006. The present article examines two of the modifications introduced, more particularly one concerning measures of seclusion and the other dealing with secure accommodations. Amended section 10 of the Youth Protection Act specifies that the expediant provided for in section 118.1 of the Act Respecting Health Services and Social Services, that is to say isolation, may never be used as a disciplinary measure. The writers describe various types of confinement employed in rehabilitation centres in order to determine which ones actually may be considered as a form of isolation within the meaning of section 118.1 of the Act Respecting Health Services and Social Services, and which, as a result, would be specifically prohibited under the terms of the Youth Protection Act. As for new section 11.1.1 of the Youth Protection Act, it emphasizes that recourse to the use of secure accommodations known as intensive supervision units should be exceptional. Such units, which facilitate the close supervision of a child's behaviour and movements through a more restrictive layout and special living conditions, may never be used as a disciplinary measure, and may only be utilized where there is a serious risk that the child represents a danger to him or her self or to others. As for the actual decision to place a child in an intensive supervision unit, the writers set out the procedural safeguards required in order to conform to the fundamental justice requirements of section 7 of the Canadian Charter and of section 24 of the Quebec Charter.*

## **SOMMAIRE**

<b>Introduction .....</b>	<b>397</b>
<b>1. Mise en contexte .....</b>	<b>399</b>
1.1 Évolution de la réglementation relative à l'isolement des jeunes .....	404
1.2 Évolution de la réglementation concernant l'encadre- ment intensif.....	408
<b>2. L'encadrement juridique de la mesure d'isolement .....</b>	<b>412</b>
2.1 L'isolement ne peut être utilisé que pour empêcher un jeune de s'infliger ou d'infliger à autrui des lésions .....	414
2.2 Une utilisation minimale et exceptionnelle .....	417
2.3 Une utilisation qui tient compte de l'état physique et mental de la personne .....	420
2.4 Une mention détaillée au dossier, un protocole d'application et une évaluation annuelle de l'applica- tion des mesures d'isolement.....	422
<b>3. Les autres mesures de confinement.....</b>	<b>423</b>
3.1 Description de ces mesures .....	424
3.2 L'encadrement juridique de ces mesures .....	425
3.3 Application de l'article 118.1 LSS à ces mesures .....	427
<b>4. Le respect des principes de justice fondamentale.....</b>	<b>429</b>
4.1 Un processus disciplinaire juste et équitable.....	430
4.2 La décision menant à l'encadrement intensif.....	435
<b>Conclusion .....</b>	<b>438</b>





## **Introduction**

Suite à une consultation générale en commission parlementaire<sup>1</sup>, la *Loi sur la protection de la jeunesse*<sup>2</sup> a été amendée en juin 2006<sup>3</sup>. Les modifications aux articles 10 et 11.1.1 de la loi visent à baliser le recours à l'hébergement des jeunes dans les unités d'encadrement intensif et à s'assurer que ce type d'hébergement, de même que les mesures d'isolement, ne puissent jamais être imposés à titre de mesure disciplinaire. Selon la fiche explicative du gouvernement, ces amendements permettront un «meilleur équilibre entre le droit d'un enfant à la protection et son droit à la liberté»<sup>4</sup>.

Le nouvel article 10 LPJ spécifie que les mesures, notamment l'isolement, prévues à l'article 118.1 de la *Loi sur les services de santé et les services sociaux*<sup>5</sup>, ne peuvent jamais être utilisées à titre de mesure disciplinaire<sup>6</sup>. Le premier objectif de cet

- 
1. *Commission des affaires sociales*, les 24, 25, 26 janvier et les 14, 15, 16, 21, 22 et 23 février 2006 [*Commission des affaires sociales*].
  2. *Loi sur la protection de la jeunesse*, L.R.Q. c. P-34.1 [LPJ].
  3. P.L.125, *Loi modifiant la Loi sur la protection de la jeunesse et d'autres dispositions législatives*, 2<sup>e</sup> sess., 37<sup>e</sup> lég., Québec, 2006 (sanctionné le 15 juin 2006), L.Q. 2006, c. 34. Bien que la nouvelle loi a été adoptée et sanctionnée, il est indiqué à l'article 79 que ses dispositions entreront en vigueur aux dates fixées par le gouvernement qui ne l'a pas encore fait.
  4. *Ibid.*
  5. *Loi sur les services de santé et services sociaux*, L.R.Q. c. S-4. 2 [LSSSS].
  6. Le nouvel article 10 se lit comme suit : «Toute mesure disciplinaire prise par un établissement qui exploite un centre de réadaptation à l'égard d'un enfant doit l'être dans l'intérêt de celui-ci conformément à des règles internes qui doivent être approuvées par le conseil d'administration et affichées bien en vue à l'intérieur de ses installations. L'établissement doit s'assurer que ces règles sont expliquées à l'enfant de même qu'à ses parents.

Une copie des règles internes doit être remise à l'enfant, s'il est en mesure de comprendre, de même qu'aux parents de l'enfant. Une copie de ces règles doit également être transmise à la Commission, au ministre de la Santé et des Services sociaux, à la régie régionale et à l'établissement qui exploite un centre de protection de l'enfance et de la jeunesse.

Les mesures, notamment l'isolement, prévues à l'article 118.1 de la *Loi sur les services de santé et les services sociaux* ainsi que la mesure d'hébergement en unité d'encadrement intensif prévu à l'article 11.1.1 de la

article est de déterminer quelles mesures restrictives de liberté employées dans les centres de réadaptation équivalent à de l'isolement au sens de 118.1 LSSSS et dont l'utilisation à titre de sanction disciplinaire est dorénavant spécifiquement interdite par la LPJ.

Le nouvel article 11.1.1 quant à lui, qualifie de recours exceptionnel l'hébergement dans une unité d'encadrement intensif et en circonscrit l'utilisation. Il est maintenant prévu que l'hébergement dans ce type d'unité dont l'aménagement physique et les conditions de vie sont très contraignants, ne peut jamais être imposé à titre de mesure disciplinaire mais uniquement quand le directeur de l'établissement est convaincu qu'il existe un risque sérieux qu'un enfant ou un adolescent présente un danger pour lui-même ou pour autrui. L'hébergement doit prendre fin dès qu'ont disparu les motifs qui l'ont justifié. On prévoit également que l'enfant ou ses parents peuvent saisir le tribunal d'une telle décision<sup>7</sup>. Un règlement doit être adopté pour préciser les

---

présente loi ne peuvent jamais être utilisées à titre de mesure disciplinaire».

7. Le nouvel article 11.1.1 se lit comme suit : «Lorsque l'enfant est hébergé à la suite d'une mesure de protection immédiate ou d'une ordonnance rendue par le tribunal en vertu de la présente loi et qu'il y a un risque sérieux qu'il présente un danger pour lui-même ou pour autrui, l'hébergement de cet enfant peut s'effectuer dans une unité d'encadrement intensif maintenue par un établissement qui exploite un centre de réadaptation, laquelle encadre de façon importante son comportement et ses déplacements en raison de l'aménagement physique plus restrictif et des conditions de vie propres à cette unité.

Un tel hébergement doit prendre fin dès qu'ont disparu les motifs qui l'ont justifié. Dans le cas d'une mesure de protection immédiate, la durée de cet hébergement ne peut dépasser le délai prévu à l'article 46.

Le recours à un tel hébergement doit s'effectuer à la suite d'une décision du directeur général de l'établissement ou de la personne qu'il autorise par écrit et en conformité avec les conditions prévues par règlement et doit faire l'objet d'une mention détaillée au dossier de l'enfant, qui en précise les motifs le justifiant ainsi que la période de son application. Les informations contenues dans ce règlement doivent être remises à l'enfant, s'il est en mesure de les comprendre, de même qu'aux parents de l'enfant et leur être expliquées.

conditions permettant le recours à un tel hébergement et édicter l'obligation faite à l'établissement d'aviser systématiquement et sans délai, la *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse* de cette décision. Le deuxième objectif de cet article est de circonscrire les garanties procédurales requises dans la prise de décision d'envoyer un enfant en encadrement intensif, pour répondre aux exigences de la justice fondamentale des articles 7 de la *Charte canadienne*<sup>8</sup> et 24 de la *Charte québécoise*<sup>9</sup>.

Avant d'aborder ces deux questions, il nous est apparu essentiel de mettre en contexte l'utilisation, la réglementation ainsi que les fondements des mesures d'isolement et d'encadrement intensif dans les centres de réadaptation. Nous analyserons également l'encadrement juridique actuel de l'isolement pour nous demander ensuite dans quelle mesure cet encadrement s'applique aux autres formes de confinement que sont les retraits disciplinaires, les programmations spéciales et l'arrêt d'agir. Enfin, nous tenterons de circonscrire les garanties procédurales entourant le processus disciplinaire et le processus décisionnel menant à l'hébergement en encadrement intensif, garanties essentielles pour assurer le respect du droit des jeunes de n'être privés de leur liberté qu'en conformité avec les principes de justice fondamentale.

## **1. Mise en contexte**

Les centres de réadaptation ont pour mission de réadapter certains jeunes à la vie en société<sup>10</sup> : ceux qui présentent des

---

L'enfant ou ses parents peuvent saisir le tribunal d'une telle décision du directeur général. Cette demande est instruite et jugée d'urgence».

8. *Charte canadienne des droits et libertés*, partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, constituant l'annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada* (R.-U.), 1982, c. 11.
9. *Charte des droits et libertés de la personne*, L.R.Q., c. C-12.
10. L'article 84 de la *LSSSS* énonce que : «La mission d'un centre de réadaptation est d'offrir des services d'adaptation ou de réadaptation et d'intégration sociale à des personnes qui, en raison de leurs déficiences physiques ou intellectuelles, de leurs difficultés d'ordre comportemental, psychosocial ou familial ou à cause de leur alcoolisme ou autre

troubles de comportement sérieux (fugue, consommation de drogues, tentative de suicide, prostitution, absentéisme scolaire et ainsi de suite); ceux qui sont abandonnés, victimes de négligence, de mauvais traitements, d'abus sexuels; ou encore ceux condamnés à la suite de la commission d'une infraction. Précisons que ces centres reçoivent des jeunes sous protection dans une proportion d'environ 75% et des jeunes contrevenants dans une proportion d'environ 25%<sup>11</sup>.

Chaque centre de réadaptation se divise en plusieurs unités communément appelées «unités de vie». Celles-ci ne s'équivalent pas toutes. En effet, bien que la réalité de chaque centre varie suivant les régions, on y retrouve toujours deux types d'unités, soit : *les unités régulières* ou *globalisantes* qui accueillent les jeunes sous protection ainsi que des jeunes contrevenants et *les unités de garde fermée* qui sont des unités sécuritaires accueillant exclusivement des jeunes contrevenants. Un troisième type d'unités a été créé dans les centres, soit *les unités d'encadrement intensif* que l'on qualifie «d'unités ouvertes» mais dont les conditions de vie et les aménagements architecturaux sécuritaires ressemblent tout à fait à ce qui existe en garde fermée. On y retrouve des jeunes contrevenants et des jeunes sous protection. De plus, tous les centres sont dotés d'installations qui visent à soutenir les intervenants dans leurs tâches et leurs fonctions de

---

toxicomanie, requièrent de tels services de même que des services d'accompagnement et de support à l'entourage de ces personnes».

11. Commission de protection de la jeunesse, *La clientèle multiethnique des centres de réadaptation pour les jeunes en difficulté* par Camille Messier et Jean Toupin, Québec, Commission de protection de la jeunesse, 1994, à la p. 107. Il n'existe pas de statistiques provinciales à jour sur la «clientèle» des centres de réadaptation; il faut donc s'en tenir au recensement effectué par Camille Messier et Jean Toupin en 1991. Selon ces chercheurs, «la très grande majorité des adolescents (75%) – la majorité des garçons (62%) et presque toutes les filles (93%) – sont des jeunes placés sous protection alors que seulement un sur cinq (21%) est un jeune contrevenant et, dans ce dernier cas, il s'agit presque uniquement de garçons». Il semble, selon des rapports annuels en provenance des différents centres jeunesse, que ces chiffres demeurent, bon an mal an, les mêmes.

rééducation. Parmi celles-ci, figurent des salles de retrait et des salles d'isolement.

Les salles d'isolement sont de petites pièces en béton, avec ou sans fenêtre, d'une grandeur approximative de 2 mètres cubes, complètement vides ou comprenant un lit sans drap et parfois sans matelas. Une fenêtre à même la porte verrouillée permet de surveiller l'enfant qui y est enfermé. Les salles de retrait peuvent être à peu de choses près identiques. Les salles d'isolement et de retrait peuvent être situées dans l'unité même, c'est-à-dire dans le milieu de vie immédiat de l'enfant, ou ailleurs dans le centre de réadaptation.

La fonction des salles d'isolement est de procurer un milieu sécuritaire et exempt de sources de stimulus à un jeune en proie à une crise comportementale dangereuse. Les éducateurs et éducatrices font appel à des agents de sécurité lorsqu'ils doivent y mener un enfant qu'ils n'arrivent pas à maîtriser. L'isolement est une intervention extrêmement coercitive, qui empêche un individu de quitter un endroit donné, restreint ses mouvements et limite toute expression comportementale. Bref, l'isolement implique un contrôle extraordinaire du mouvement ou du comportement d'une personne contre son gré.

Dans le milieu de la réadaptation juvénile, tous les intervenants affirment que l'isolement n'est pas une mesure disciplinaire mais une mesure de sécurité qui vise la nécessité de protéger l'enfant ou l'adolescent en proie à une perte de contrôle dangereuse, ou à protéger ceux qui l'entourent. Il s'agit d'isoler le jeune en crise pour assurer l'intégrité physique des personnes proches et ce, jusqu'à ce qu'il se soit calmé. Certes, il est indéniable que pour différentes raisons, les intervenants soient de plus en plus conscients des effets délétères associés à l'isolement et qu'ils tendent à limiter son utilisation aux seules situations d'urgence, mais il est tout aussi indéniable que la mesure d'isolement s'ancre dans une logique disciplinaire dont elle peine à se défaire.

D'autre part, les retraits disciplinaires imposés à la suite d'un manquement aux règles de vie de l'unité se déroulent souvent dans des conditions qui s'apparentent à celles de l'isolement. Ainsi, l'environnement architectural et le contrôle total sur les mouvements dans les salles de retrait sont souvent exactement les mêmes que dans les salles d'isolement. Dans certains centres, on retrouve des unités consacrées uniquement au retrait disciplinaire tel, l'unité La Relance à Cité des Prairies (Montréal) ou encore des unités dites d'arrêt d'agir. Dans ces cas, il y a lieu de se demander s'il ne s'agit pas d'isolement disciplinaire contraire à l'article 118.1 LSSSS.

Finalement, l'encadrement intensif est un programme de réadaptation qui limite considérablement la liberté et qui encadre de façon importante le comportement du jeune et ses déplacements. Il se déroule dans un environnement architectural très sécuritaire : chambres et portes de l'unité fermées à clé, fenêtres grillagées, cour clôturée et ainsi de suite. Les adolescents sont enfermés à clé dans leur chambre pour des raisons disciplinaires (retrait en chambre) et aussi pour des raisons purement administratives : durant la nuit, durant le changement de quart des éducateurs, de même que durant les périodes de «sieste», de «réflexion» ou d'«étude» quotidiennes.

L'isolement peut être utilisé à titre de mesure de contrôle du comportement ou à titre de mesure de modification de comportement<sup>12</sup>. Dans le premier cas, l'isolement au même titre que la contention physique ou chimique, est utilisé dans le but d'empêcher un individu violent et désorganisé de se blesser ou de blesser quelqu'un d'autre. La mesure d'isolement (*seclusion*) rencontrerait trois objectifs qui favorisent le retour au calme : elle permettrait de «contenir» l'individu violent et désorganisé, elle

---

12. Pour une revue complète de la littérature scientifique sur le sujet, voir Julie Desrosiers, *Isolement et mesures disciplinaires dans les centres de réadaptation pour jeunes*, Montréal, Wilson & Lafleur, 2005 aux pp. 93-118.

l'isolerait de la source ou de la cause de son agitation et enfin, elle réduirait les stimulations sensorielles<sup>13</sup>.

Dans le deuxième cas, l'isolement vise à amener la personne à modifier sa dynamique comportementale et relève de la discipline. On peut vouloir isoler un jeune pour retrancher les stimulus qui sous-tendent un comportement répréhensible. On parle alors de *time-out*, une mesure mise au point par les tenants de la théorie comportementale ou behaviorisme<sup>14</sup>. La technique du *time-out* peut s'effectuer de différentes manières : retrait du groupe, retrait dans un autre local, porte ouverte ou fermée à clé. Cette dernière forme est appelée *seclusionary time-out* ou *locked time-out*. L'utilisation de salles d'isolement ou de salles de retrait austères comme lieu de *time-out* fait l'objet de critiques acerbes dans la littérature scientifique. Des auteurs signalent que le caractère sinistre de ces endroits pervertit la portée de la mesure, transformant ce qui devait être au départ un retrait de stimulus en une redoutable punition<sup>15</sup>. L'efficacité de la mesure s'en trouverait altérée. La technique du *time-out* pourrait dégénérer en modalité purement punitive au sens péjoratif du terme, de deux manières : périodes de *time-out* trop longues ou lieux de *time-out* inadéquats.

La mesure d'isolement à titre de contrôle du comportement (*seclusion*) et la mesure disciplinaire (*seclusionary time-out*) se confondent tant dans leur effet (isoler un enfant ou un adolescent dans une pièce d'où il ne peut sortir) que dans leur fondement (dans les deux cas, l'efficacité de la mesure réside dans la

- 
13. Thomas G. Gutheil, «Observations on the theoretical bases for seclusion of the psychiatric inpatient» (1978) 135 *American Journal of Psychiatry* 325. Les travaux du psychiatre américain Thomas G. Gutheil sont systématiquement cités dans les recherches subséquentes et forment l'assise théorique de l'utilisation de l'isolement, tant auprès des adultes psychiatisés qu'auprès des jeunes.
  14. Frederic Skinner Burrhus, *Science and Human Behavior*, New York, Free Press, 1965; Frederic Skinner Burrhus, *Beyond Freedom and Dignity*, New York, A.A. Knopf, 1971.
  15. *Ibid.* Voir aussi John S. Werry and Janet P. Wollersheim, «Behavior therapy with children and adolescents : A twenty-years overview» (1989) 28 *Journal of the American Academy of Child and Adolescent Psychiatry* 1.

soustraction de stimulus). Force est de constater que chaque fois, l'enfant se retrouve seul, enfermé dans une pièce à cause de son comportement, ce qui engendre d'inévitables effets punitifs<sup>16</sup>. De nombreux auteurs sont d'avis que les techniques de *seclusion* et de *seclusionary time-out* n'ont aucune portée thérapeutiques<sup>17</sup>, qu'elles exacerbent le sentiment de rejet et d'abandon ressentis par plusieurs des enfants sous tutelle étatique<sup>18</sup> et que leurs effets punitifs sont inévitables. Compte tenu de ces études et de la difficulté d'établir une ligne de démarcation claire et étanche entre l'isolement thérapeutique et l'isolement disciplinaire, il est nécessaire de baliser étroitement l'utilisation de ces mesures.

### **1.1 Évolution de la réglementation relative à l'isolement des jeunes**

C'est la Commission des droits de la personne et des droits la jeunesse (ci-après CDPDJ) qui la première, s'est inquiétée de l'utilisation abusive de l'isolement dans les centres de réadaptation et qui s'est intéressée à sa réglementation. Dès 1993, elle émet un cadre de référence sur l'utilisation de l'isolement, affirmant qu'il s'agit d'une «intervention clinique» ne pouvant être utilisée «que pour assurer la sécurité de l'enfant lorsque celui-ci, par sa perte de contrôle, représente un danger réel pour sa

- 
16. Sur les effets punitifs de l'isolement, voir notamment David E. Miller, «The management of misbehavior by seclusion» (1986) 4:1 *Treatment of Children and Youth* 63.
  17. Voir entre autres Linda M. Finke, «The use of seclusion is not evidence-based practice», (2001) 14:4 *Journal of Child and Adolescent Psychiatric Nursing* 186; Vera I. Fahlberg, *A child's journey through placement*, Indianapolis Perspective Press, 1991; Michael Irwin, «Are seclusion rooms needed on child psychiatric units?» (1987) 57 *American Journal of Orthopsychiatry* 125; David E. Miller, «The management of misbehavior by seclusion» (1986) 4 *Residential Treatment of Children & Youth* 63.
  18. Michael Robin, «The Abuse of Status Offenders in Private Hospitals» (1982) 4 *Child and Youth Services* 78, 85 : «[...] many abused and disturbed children harbor deep anxiety about being abandoned, unwanted, and unloved, which tends to be reinforced by their time-out room experienced».



sécurité et celle d'autrui». La Commission précise que l'isolement ne doit «jamais être utilisé à titre de mesure disciplinaire»<sup>19</sup>.

L'Association des Centres jeunesse du Québec (ci-après ACJQ) emboîte le pas en 1995. Consciente de l'imminence d'une nouvelle législation sur l'isolement, elle diffuse à ses membres un *Cadre de référence pour une politique et procédure relatives à l'utilisation de l'isolement des usagers*<sup>20</sup> qui sera mis à jour en 2002<sup>21</sup>. Ce cadre de référence situe clairement l'utilisation de la mesure d'isolement dans un contexte d'urgence, de crise psychotique, d'*acting out*, affirmant que l'isolement doit cesser dès que le jeune a repris le contrôle de son comportement.

Malgré les directives de la CDPDJ et celles de l'ACJQ, les différents centres du réseau de la réadaptation disposent d'une réglementation très variable sur l'utilisation de l'isolement. Il faut dire que jusqu'en 1998, l'encadrement législatif des mesures d'isolement était minimal. Le *Règlement sur l'organisation et l'administration des établissements* prévoyait que chaque établissement devait adopter un règlement sur les mécanismes de contrôle des mesures d'isolement, mais n'imposait aucune balise légale à ce chapitre<sup>22</sup>. La durée des mesures, de même que les motifs et les conditions de leur utilisation, étaient donc laissés à la discrétion de chaque établissement<sup>23</sup>. Le règlement prévoyait

---

19. Commission de protection des droits de la jeunesse, *L'isolement : cadre d'analyse*, Québec, CPDJ, 1993 à la p. 1.

20. Association des centres jeunesse du Québec, *Cadre de référence pour une politique et procédures relatives à l'utilisation de l'isolement des usagers*, ACJQ, mars 1995 [ACJQ, *Cadre de référence 1995*].

21. Association des centres jeunesse du Québec, *Cadre de référence pour une politique et procédure relatives à l'utilisation de l'isolement d'un jeune*, mise à jour de la politique de 1995, ACJQ, 2002 [ACJQ, *Cadre de référence 2002*].

22. *Règlement sur l'organisation et l'administration des établissements*, R.R.Q., 1981, c. S-5, r. 3.01, art. 6(18) [*Règlement sur l'organisation*].

23. En 1992, deux commissaires de la CDPDJ notaient à cet égard d'importantes disparités entre les centres d'accueil. Concernant la durée : certains centres prévoyaient des durées d'isolement fixes pour certains actes (i.e. 24 heures d'isolement à la suite d'un retour de fugue), d'autres établissaient une durée maximale au-delà de laquelle l'isolement devait cesser (souvent 72 heures), d'autres encore précisaient que l'isolement se

également l'obligation de consigner l'utilisation des mesures d'isolement dans le dossier de l'utilisateur sans toutefois préciser la teneur des rapports<sup>24</sup>.

En 1998, le législateur québécois a, pour la première fois, encadré l'utilisation de l'isolement, de la contention et de la force dans les établissements de santé et de services sociaux afin de prévenir les abus et de respecter les droits fondamentaux des personnes qui y sont hébergées. L'article 118.1 LSSSS visait au départ à circonscrire l'utilisation de l'isolement et de la contention auprès des personnes atteintes de maladie mentale, mais lors des audiences publiques les organismes ont convaincu le législateur d'étendre sa portée à l'ensemble des usagers du réseau des services sociaux et des services de santé. Cet article trouve donc application non seulement dans les hôpitaux, les ailes psychiatriques, les centres hospitaliers de soins de longue durée (CHSLD) et également dans les centres de réadaptation pour jeunes.

L'article précise que l'isolement ne peut être utilisé comme mesure de contrôle d'une personne que pour l'empêcher de

---

terminait après une réflexion écrite satisfaisante ou une réunion d'équipe sur les modalités de réintégration, ou encore lorsque l'éducateur était disponible pour une rencontre avec le jeune, etc. Les motifs justifiant l'isolement : variables suivant les centres, passant de la sécurité du jeune ou d'autrui à l'épuisement du personnel, la réflexion, la consommation d'alcool ou de drogues, les activités sexuelles, la «remotivation», la mauvaise conduite, le refus d'assumer adéquatement des mesures disciplinaires plus légères, les attitudes négatives, le vol, la fugue, les manquements répétés aux règles, la tentative de suicide. Les conditions : des centres prévoyaient des autorisations spéciales pour la poursuite de l'isolement au-delà de 12 h, 24 h ou 72 h, d'autres ne prévoyaient rien de tel. Voir Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse, *Rapport de recherche portant sur les mesures disciplinaires en centre d'accueil et de réadaptation ainsi que les mesures qui y sont souvent associées notamment l'isolement, la contention et les conséquences reliées aux fugues* par Carla Gasparini et Louise Sirois, CDPDJ, 1992 aux pp. 40-43.

24. *Règlement sur l'organisation*, supra note 22, art.55(15).

s'infliger ou d'infliger à autrui des lésions, pour la période de temps la plus courte possible :

**118.1** La force, l'isolement, tout moyen mécanique ou toute substance chimique ne peuvent être utilisés, comme mesure de contrôle d'une personne dans une installation maintenue par un établissement, que pour l'empêcher de s'infliger ou d'infliger à autrui des lésions. L'utilisation d'une telle mesure doit être minimale et exceptionnelle et doit tenir compte de l'état physique et mental de la personne.

Lorsqu'une mesure visée au premier alinéa est prise à l'égard d'une personne, elle doit faire l'objet d'une mention détaillée dans son dossier. Doivent notamment y être consignées une description des moyens utilisés, la période pendant laquelle ils ont été utilisés et une description du comportement qui a motivé la prise ou le maintien de cette mesure.

Tout établissement doit adopter un protocole d'application de ces mesures en tenant compte des orientations ministérielles, le diffuser auprès de ses usagers et procéder à une évaluation annuelle de l'application de ces mesures.

Le dernier paragraphe oblige les centres à adopter un protocole d'application qui tienne compte des orientations ministérielles. Le ministère de la Santé et des Services sociaux a tardé à émettre ses orientations, qui n'ont finalement été rendues publiques qu'au mois de novembre 2002<sup>25</sup>. Toutefois, les centres jeunesse n'ont pas attendu la parution de ces orientations pour adopter leur protocole d'application. Ils ont plutôt calqué leur réglementation sur le cadre de référence proposé par leur association<sup>26</sup>.

---

25. Ministère de la Santé et des Services sociaux, *Orientations ministérielles relatives à l'utilisation exceptionnelle des mesures de contrôle : contention, isolement et substances chimiques*, Québec, Ministère de la Santé et des Services sociaux, 2002 [Ministère de la santé, *Orientations 2002*].

26. ACJQ, *Cadre de référence 2002*, *supra* note 21.

## **1.2 Évolution de la réglementation concernant l'encadrement intensif**

Il n'existe aucun classement législatif ou réglementaire des unités des divers centres en fonction de leur degré de sécurité. En 1975, le Comité Batshaw avait recommandé qu'un enfant faisant l'objet d'une mesure de protection en vertu de la LPJ ne puisse jamais être admis dans une unité sécuritaire<sup>27</sup>. Il recommandait également qu'un enfant ne puisse être placé en milieu sécuritaire que par ordonnance écrite d'un juge, après une audition complète à laquelle il est représenté par un avocat<sup>28</sup>. Ces recommandations n'ont jamais été suivies.

Avant 1984, le pouvoir de maintenir un jeune dans un lieu sécuritaire était en principe, une prérogative judiciaire. À cette époque, la LPJ contenait une définition «d'unité sécuritaire», l'ancien article 1h) énonçait en effet qu'une unité sécuritaire était :

[...] un endroit, caractérisé par un aménagement architectural plus limitatif, situé dans un centre d'accueil, où sont dispensés des services de réadaptation visant la réintégration sociale de l'enfant et où sont appliquées des règles internes particulières visant à contrôler les déplacements de l'enfant en vue de lui venir en aide, tout en protégeant la société.

Le pouvoir d'envoyer une jeune personne dans un milieu sécuritaire appartenait alors au Tribunal de la jeunesse, en vertu de l'article 91 LPJ qui donnait à celui-ci la possibilité d'ordonner l'hébergement d'un enfant âgé de 14 ans ou plus dans une unité sécuritaire pour une période maximale de trois mois dans les cas où existait un risque de fugue ou si l'enfant représentait un danger pour lui-même ou pour autrui. L'ancien article 46 permettait toutefois au directeur de faire héberger provisoirement un enfant en milieu sécuritaire en cas d'urgence, mais il ne pouvait pas le faire pour plus de 24 heures sans autorisation du

---

27. Ministère des Affaires sociales, *Rapport du comité d'étude sur la réadaptation des enfants et adolescents placés en centre d'accueil*, Québec, 1975 à la p. 98 (Recommandation R-84).

28. *Ibid.* à la p. 52.

tribunal. Les mêmes motifs de danger ou de risque de fugue étaient ici également requis.

Le problème était que la désignation d'une unité sécuritaire devait être faite par règlement. Or, un tel règlement n'ayant jamais été adopté, le Tribunal n'a donc jamais exercé son pouvoir. Bien que non formellement désignées comme sécuritaires, de telles unités existaient dans les faits.

En 1982, le Rapport de la commission parlementaire spéciale sur la protection de la jeunesse recommandait que les unités sécuritaires ou la garde fermée soient réservées aux jeunes délinquants dangereux. Elles pourraient aussi accueillir «quelques rares cas de jeunes non délinquants présentant des troubles graves de comportement mettant en danger la sécurité d'autrui»<sup>29</sup>. Ces derniers devraient être complètement séparés des délinquants.

Curieusement, lors de la révision de la LPJ en 1984, la question des unités sécuritaires n'a pas fait l'objet de véritable débat à l'Assemblée nationale. Lors des audiences à la Commission permanente des affaires sociales, le parrain du projet de loi a qualifié les unités sécuritaires de «lieux de quasi-détention». Il a également déploré le fait que des jeunes sous protection, principalement des filles selon les statistiques, y soient envoyés même en l'absence de toute ordonnance judiciaire<sup>30</sup>. Il a ajouté que :

La décision est donc d'abolir la notion d'unité sécuritaire [...]. Les seules unités de ce type, ou analogues à celles-là, qui vont continuer d'exister dans la réalité et par application de la loi sont celles auxquelles se réfère la *Loi sur les jeunes délinquants* [...]. Effectivement, le ministère des Affaires sociales devra, de façon administrative, s'assurer que les

---

29. Assemblée nationale, *Rapport de la Commission parlementaire spéciale sur la protection de la jeunesse : aspects historiques*, Québec, 1982 aux pp. 204-205 (Commission Charbonneau).

30. Québec, Assemblée nationale (Commission permanente des affaires sociales), *Journal des débats*, (20 mars 1984) 32.4 aux pp. CAS-10 et 11.

enfants qui étaient des cas de protection maintenus dans des milieux dits sécuritaires ne le soient plus, qu'on y substitue un encadrement humain plutôt qu'un encadrement physique, avec des barreaux ou des grilles. C'est l'explication de la suppression du paragraphe *h*.

Le lendemain, le 21 mars 1984, le ministre s'est fait plus nuancé, affirmant que : «Nous aurions encore besoin en matière de protection, d'un certain nombre de ressources contraignantes – pour les fins de la discussion, je vais les appeler *sécuritaires*»<sup>31</sup>. Après discussion, l'article 11.1 LPJ a été adopté. Il édictait laconiquement que l'enfant doit être hébergé «dans un lieu approprié à ses besoins et au respect de ses droits, compte tenu des dispositions législatives et réglementaires relatives à l'organisation et au fonctionnement de l'établissement ainsi que des ressources humaines, matérielles et financières dont il dispose». Notons que cette disposition est demeurée inchangée depuis.

Mais l'abrogation de toute référence aux unités sécuritaires en 1984 n'a pas fait disparaître l'existence de telles unités. Comme la Cour supérieure l'a affirmé dans *Protection de la jeunesse – 193*<sup>32</sup> :

L'abrogation de cette définition légale n'a rien changé à l'aménagement architectural plus limitatif de l'endroit. [...] Cette Cour est d'avis qu'il ne suffit pas de couvrir d'un voile légal la situation de fait pour que les unités sécuritaires *de facto* cessent d'être des institutions où la liberté de celui qui y séjourne est sévèrement restreinte. L'internement en milieu sécuritaire *de facto* constitue une atteinte à la liberté de celui qui y est soumis.

Ces dernières années, la légalité de telles unités a été l'objet de controverse. Selon la CDPDJ, l'hébergement dans une telle unité n'a pas de fondement légal et viole l'article 24 de la *Charte québécoise* qui stipule que : «Nul ne peut être privé de sa liberté ou

---

31. *Ibid.*, (21 mars 1984) à la p. CAS-27.

32. *Protection de la jeunesse – 193*, [1986] R.J.Q. 736, 737 et 742 (C.S.).

de ses droits, sauf pour les motifs prévus par la loi et suivant la procédure prescrite». Dans un avis sur la légalité de l'encadrement intensif, celle-ci affirme que :

Dans la mesure où les motifs qui permettraient de recourir à l'encadrement intensif ne sont pas prévus par la loi, ni, a fortiori, une procédure qui poserait les modalités à suivre pour que l'utilisation de cet encadrement demeure dans les limites de la légalité, le recours à l'encadrement intensif contrevient aux dispositions de l'article 24 de *la Charte* [...] <sup>33</sup>.

En conséquence, la Commission a saisi les tribunaux par le biais d'une requête en jugement déclaratoire sur la légalité d'une unité d'encadrement intensif, soit l'unité Le Phare du Centre de réadaptation Bois-Joli des Centres jeunesse de la Montérégie. Aucune décision n'a encore été rendue à ce jour <sup>34</sup>.

À l'inverse de la position de la Commission, les centres soutenaient jusqu'à maintenant que, puisque la loi est silencieuse à cet égard, rien ne s'oppose au maintien de lieux sécuritaires et que les décisions d'y enfermer des jeunes sont purement administratives et cliniques <sup>35</sup>. Il faut y voir selon eux, une intention du législateur de laisser au centre le soin de décider ce qui est dans l'intérêt de l'enfant. D'après les tenants de cette position, l'encadrement intensif, quoique comportant de sérieuses restrictions à la liberté, est un outil clinique essentiel pour une certaine catégorie d'enfants. C'est entre autres, l'opinion du

---

33. Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse, *La légalité de l'encadrement intensif en vertu de la Loi de protection de la jeunesse* par Hélène Tessier, Québec, CDPDJ, 1998.

34. CDPDJ c. Les Centres jeunesse de la Montérégie, requête de la requérante Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse en jugement déclaratoire, 12 septembre 2000. Cette demande a fait l'objet d'une requête en irrecevabilité de la part des Centres jeunesse de la Montérégie qui a été rejetée le 25 mai 2001 par le juge Guy Arsenault, C.S., Longueuil, 500-05-006444-00.

35. Michèle Lefebvre et al, *La légalité de l'encadrement intensif*, Avis juridique pour Les Centres jeunesse de la Montérégie, septembre 1999.

groupe de travail sur l'évaluation de la *Loi de protection de la jeunesse*, présidé par le juge Michel Jasmin<sup>36</sup>.

Dans ce contexte, la nouvelle clarification législative est la bienvenue car elle reconnaît que ce type d'hébergement implique une privation importante de liberté, qu'il s'agit d'une mesure exceptionnelle et que les décisions s'y rapportant doivent respecter les principes de justice fondamentale.

## **2. L'encadrement juridique de la mesure d'isolement**

L'article 118.1 de la LSSSS définit le cadre à l'intérieur duquel les mesures d'isolement doivent s'inscrire en prescrivant leur utilisation minimale et exceptionnelle, dans l'unique but d'empêcher un jeune de s'infliger ou d'infliger à autrui des lésions. Toutefois, avant d'étudier plus en détail les conditions prescrites par cet article, il nous semble opportun d'indiquer que leur respect ne modifie en rien les règles juridiques relatives au consentement aux soins.

À cet égard, il faut savoir que l'utilisation de l'isolement s'inscrit dans deux contextes différents qui renvoient à des règles juridiques différentes. En contexte d'intervention non planifiée, lorsque les intervenants doivent maîtriser un comportement dangereux, inhabituel et imprévu, il n'est pas nécessaire d'obtenir le consentement de la personne visée pour l'envoyer en isolement<sup>37</sup>. Mais à la suite de cette première crise comportementale, les intervenants ont l'obligation légale de mener une analyse *post facto* pour évaluer la possibilité de rechute du jeune et prévoir le cas échéant, l'utilisation de l'isolement. Il s'agit dès lors d'un contexte d'intervention planifiée et les intervenants

---

36. Ministère de la Santé et des Services sociaux et Ministère de la Justice, *Rapport du groupe de travail sur l'évaluation de la Loi sur la protection de la jeunesse, La protection de la jeunesse, plus qu'une loi*, Québec, Ministère de la Santé et des Services sociaux et Ministère de la Justice, 1992 aux pp. 133-135.

37. Art. 13 C.c.Q.



doivent obtenir un consentement libre et éclairé<sup>38</sup> pour l'utilisation exceptionnelle de l'isolement, en respectant les règles habituelles en la matière. Ces règles prescrivent que le mineur de plus de quatorze ans peut consentir seul aux soins qu'il souhaite recevoir, alors que le mineur de moins de quatorze ans doit obtenir le consentement de ses parents<sup>39</sup>. Dans l'hypothèse où un jeune âgé de plus de quatorze ans refuserait que les intervenants utilisent à nouveau l'isolement pour le contrôler, ou que les parents d'un enfant de moins de quatorze ans fassent de même, les intervenants auraient l'obligation de s'adresser au tribunal<sup>40</sup>. Dans cette perspective, la position de l'Association des centres jeunesse suivant laquelle il suffit d'*informer* le jeune et ses parents de toute stratégie d'intervention qui inclut l'utilisation potentielle de l'isolement, est nettement en deçà des prescriptions légales<sup>41</sup>.

Ceci étant dit, que les intervenants aient ou non obtenu un consentement à l'utilisation exceptionnelle de l'isolement, ils se doivent d'agir dans le respect de l'article 118.1 LSSSS et des orientations ministérielles émises suivant cette disposition, lesquelles avancent six principes directeurs qui jettent un

---

38. Ministère de la santé, *Orientations 2002*, *supra* note 25 à la p. 19 : «Le consentement est libre lorsque la personne le donne de son plein gré, sans crainte, menace, pression ou promesse provenant d'une tierce personne. Le consentement est éclairé lorsqu'il est donné en toute connaissance de cause. La personne reçoit ainsi toutes les informations pertinentes, dans un langage qu'elle comprend et de façon claire. Avant de prendre sa décision, elle connaît la justification de la mesure, le type de contention, la forme d'isolement recommandée ou encore la substance chimique prescrite. Elle est informée du contexte d'application, de la durée de l'utilisation, de la fréquence de révision de la mesure, de ses effets positifs et négatifs, des risques et des mesures de remplacement possibles».

39. Art. 14 C.c.Q. : «Le consentement aux soins requis par l'état de santé du mineur est donné par le titulaire de l'autorité parentale ou par le tuteur. Le mineur de quatorze ans et plus peut, néanmoins, consentir seul à ces soins. (...)». Voir aussi art 16 C.c.Q. : «[L'autorisation du tribunal] est nécessaire pour soumettre un mineur âgé de quatorze ans et plus à des soins qu'il refuse, à moins qu'il n'y ait urgence et que sa vie ne soit en danger ou son intégrité menacée, auquel cas, le consentement du titulaire de l'autorité parentale ou du tuteur suffit».

40. *Ibid.*, art. 16.

41. ACJQ, *Cadre de référence 2002*, *supra* note 21.

éclairage enrichissant sur les conditions prescrites par la loi<sup>42</sup>. C'est sur ces conditions qu'il nous faut maintenant nous attarder. Bien que nous formulions différentes recommandations visant à mieux les traduire dans la pratique quotidienne des centres, nous tenons à préciser que l'encadrement législatif des mesures d'isolement est pour l'heure, nettement plus précis et respectueux des droits fondamentaux des jeunes que celui des autres mesures privatives de liberté utilisées dans les centres jeunesse (retrait porte verrouillée, arrêt d'agir, programmation spéciale, encadrement intensif), de sorte qu'il y a tout lieu de s'en inspirer.

## **2.1 L'isolement ne peut être utilisé que pour empêcher un jeune de s'infliger ou d'infliger à autrui des lésions**

### *Un motif d'utilisation unique*

L'envoi d'un jeune en isolement doit avoir pour seul et unique objectif de l'empêcher de s'infliger «de façon imminente des blessures ou d'en infliger à autrui». Les orientations ministérielles affirment clairement que l'isolement ne doit «en aucun temps et

---

42. Ministère de la santé, *Orientations 2002*, *supra* note 25 aux pp.15-17 :

- 1) Les substances chimiques, la contention et l'isolement utilisés à titre de mesures de contrôle le sont uniquement comme mesures de sécurité dans un contexte de risque imminent.
- 2) Les substances chimiques, la contention et l'isolement ne doivent être envisagés à titre de mesures de contrôle qu'en dernier recours.
- 3) Lors de l'utilisation de substances chimiques, de la contention ou de l'isolement à titre de mesures de contrôle, il est nécessaire que la mesure appliquée soit celle qui est la moins contraignante pour la personne.
- 4) L'application des mesures de contrôle doit se faire dans le respect, la dignité et la sécurité, en assurant le confort de la personne, et doit faire l'objet d'une supervision attentive.
- 5) L'utilisation des substances chimiques, de la contention et de l'isolement à titre de mesures de contrôle doit, dans chaque établissement, être balisée par des procédures et contrôlée afin d'assurer le respect des protocoles.
- 6) L'utilisation des substances chimiques, de la contention et de l'isolement à titre de mesures de contrôle doit faire l'objet d'une évaluation et d'un suivi de la part du conseil d'administration de chacun des établissements.

d'aucune façon être utilisé pour punir ou corriger une personne»<sup>43</sup>. Les différents centres reprennent à leur compte cette condition avec un bémol important toutefois : pour eux, l'isolement s'entend uniquement de l'envoi d'un enfant dans un endroit désigné comme salle d'isolement et non pas dans d'autres lieux de confinement ayant des appellations diverses.

*Un risque de lésion physique imminent*

Suivant le premier principe directeur des orientations ministérielles, l'isolement s'utilise uniquement comme mesure de sécurité dans un contexte de risque imminent. L'adjectif «imminent» signifie «qui va se produire dans très peu de temps». L'éducateur peut imposer une mesure d'isolement à un jeune seulement s'il existe un risque réel qu'il ne se blesse ou ne blesse autrui dans les instants qui suivent. La mesure d'isolement n'est pas une mesure préventive, mais une intervention qui s'impose à cause de l'urgence de la situation. Le but est de contrôler le comportement du jeune de manière temporaire et d'assurer sa sécurité physique immédiate.

De manière générale, le concept juridique de lésion s'étend aux aspects psychologiques, toutefois le mot «lésion» doit ici s'interpréter dans le contexte de l'article 118.1 LSSSS. L'utilisation de la force, de l'isolement ou de la contention est nécessaire pour assurer le contrôle physique d'une personne dont les mouvements risquent de provoquer incessamment une blessure de nature corporelle. Les orientations ministérielles confirment cette interprétation, affirmant que l'isolement vise à «empêcher les personnes de s'infliger de façon imminente des blessures ou d'en infliger à autrui» pour assurer «la sécurité immédiate de la personne ou de son entourage»<sup>44</sup>.

De prime abord, le cadre de référence sur l'isolement de l'ACJQ semble aller dans le même sens lorsqu'il affirme que le but de la mesure d'isolement est d'«assurer la sécurité physique des

---

43. *Ibid.*

44. *Ibid.*

personnes en présence d'un jeune qui par sa conduite, représente un danger réel de s'infliger ou d'infliger à autrui des lésions»<sup>45</sup>. Le remplacement de l'adjectif *imminent* par celui de *réel* n'est toutefois pas sans conséquence. En effet, l'association affirme au point 7 que les conduites dangereuses visées sont l'agression physique, l'automutilation et la tentative de fugue et d'évasion, cette dernière pouvant constituer «une menace réelle à l'intégrité physique du jeune ou à celle d'autrui».

L'inclusion de la tentative de fugue et d'évasion au chapitre des conduites dangereuses susceptibles de conduire à l'isolement est très problématique. Le critère de *l'imminence de blessures corporelles* a été dilué au profit de la *menace réelle à l'intégrité physique*, ce qui autorise le raisonnement suivant : le jeune n'a pas réussi à s'échapper du centre, mais si cela avait été le cas, son intégrité physique ou celle d'autrui aurait, selon toute vraisemblance, été mise en péril, que ce soit par un risque de prostitution, de délits ou de consommation de drogues, aussi convient-il de le placer en salle d'isolement. Il faut souligner la perversion de sens qui s'opère ici : non seulement la tentative de fugue ou d'évasion ne constitue pas un risque *imminent* de blessures corporelles, mais elle ne constitue *aucun* risque de lésion puisqu'elle n'a pas eu lieu. La mesure d'isolement vise à protéger l'intégrité physique des personnes en contrôlant le comportement d'un individu dangereux avant qu'il ne se blesse ou ne blesse autrui. Elle élimine, neutralise ou, à tout le moins, réduit un risque imminent de blessure. Dans le cas d'une *tentative* de fugue ou d'évasion, ce risque ayant déjà été neutralisé, on peut être appelé à se demander ce que l'isolement tendrait ainsi à vouloir éliminer.

Un jeune ne devrait jamais être placé en isolement pour le seul motif qu'il a tenté de s'échapper de son centre. Le recours à l'isolement n'a lieu «qu'en cas de nécessité absolue»,<sup>46</sup> lorsque «la sécurité *immédiate* de la personne ou de son entourage est

---

45. ACJQ, *Cadre de référence 2002*, *supra* note 21 à la p. 7.

46. Ministère de la santé, *Orientations 2002*, *supra* note 25 à la p. 21.

menacée» **[nos italiques]**<sup>47</sup>. Dans une affaire récente où une adolescente était enfermée dans sa chambre dans le but de prévenir une nouvelle fugue, le Tribunal de la jeunesse a d'ailleurs affirmé sans détour : «[...]qu'il revenait aux autorités du centre d'instaurer des mesures et de mettre en place des mécanismes qui empêchent les fugues ou les rendent difficiles ou illusoires. [L'enfermement de l'adolescente dans sa chambre] ne correspond nullement à un tel mécanisme, pas plus qu'il n'évite les fugues subséquentes»<sup>48</sup>.

## **2.2 Une utilisation minimale et exceptionnelle**

La notion d'utilisation minimale renvoie à la durée de la mesure alors que celle d'utilisation exceptionnelle réfère plutôt à sa fréquence d'utilisation. Nous étudierons ces notions à tour de rôle.

L'utilisation minimale de l'isolement signifie qu'il doit cesser dès que le comportement du jeune ne présente plus de menace pour sa sécurité ou pour celle d'autrui. Un retour au calme doit entraîner la fin immédiate de la mesure. Les orientations ministérielles sont catégoriques : «C'est la mesure la moins contraignante avec la durée la plus courte possible qui doit être utilisée»<sup>49</sup>.

Pour assurer une utilisation minimale, une supervision attentive et une révision régulière de la mesure d'isolement sont de rigueur<sup>50</sup>. Les intervenants ont le devoir d'évaluer sur une base continue, le degré de dangerosité comportementale du jeune. Le cadre de référence sur l'isolement de l'ACJQ se fait fort de traduire ces exigences :

9.3.1. La mesure d'isolement s'applique [...] que le temps requis pour s'assurer que le danger n'existe plus.

---

47. *Ibid.* à la p. 15.

48. *Dans la situation de V.D.* (26 juillet 2002), Val d'Or 615-41-000500-016, B.E. 2002BE-792 au para. 29 (C.Q.) [*Dans la situation de V.D.*].

49. Ministère de la santé, *Orientations 2002*, *supra* note 25 à la p. 16.

50. *Ibid.*

9.3.2. Une surveillance continue doit être assurée par du personnel spécialisé pendant toute la durée de l'application de la mesure impliquant une présence à proximité du lieu d'isolement, excluant l'utilisation d'une caméra vidéo.

9.3.3. Un accompagnement par du personnel clinique doit être assuré pendant toute la durée de l'application de la mesure. À cette fin, le jeune est rencontré de façon régulière afin de s'assurer que le danger n'existe plus. Lorsque cet objectif est atteint, on met fin à cette mesure d'isolement<sup>51</sup>.

Les moyens concrets que préconise l'association pour assurer une révision continue de la mesure d'isolement mériteraient toutefois d'être précisés. En effet, bien que celle-ci fasse obligation au centre d'évaluer régulièrement la perte de contrôle dangereuse du jeune et de vérifier la pertinence du maintien ou de la cessation de la mesure d'isolement<sup>52</sup>, ce processus de révision n'est pas balisé dans le temps – en pratique, qu'est-ce qu'un suivi adéquat ? Faut-il visiter le jeune tous les quarts d'heure ou toutes les heures ? Ce flou entraîne une grande disparité entre les centres jeunesse<sup>53</sup> qui n'a pas sa raison d'être. Il paraîtrait plus sage de déterminer quel est le laps de temps adéquat sur le plan clinique et d'en faire une norme pour tous les centres jeunesse.

De surcroît, il n'existe pas d'audition sur l'opportunité du maintien en isolement, mais un mécanisme interne d'autorisation

---

51. ACJQ, *Cadre de référence 2002*, supra note 21 aux pp.11-12. Le cadre de référence de 1995 est exactement au même effet, mot pour mot : voir ACJQ, *Cadre de référence 1995*, supra note 20 aux pp. 10-11.

52. ACJQ, *Cadre de référence 2002*, supra note 21 à la p. 12 : «*La réévaluation de la situation* – Le supérieur immédiat de l'intervenant s'assure que ce dernier enclenche, dès le début de l'isolement, le processus de révision. Il voit à ce que soient fixées les modalités d'accompagnement du jeune durant l'accompagnement de la mesure (qui, quand, comment). Il s'assure que l'intervenant évalue régulièrement l'imminence de la conduite dangereuse et qu'il vérifie la pertinence du maintien ou de la cessation de la mesure». Le cadre de référence de 1995 est exactement au même effet, mot pour mot : voir ACJQ, *Cadre de référence 1995*, supra note 20 à la p. 11.

53. Le laps de temps préconisé entre chaque visite varie entre 15 minutes et une heure.

remarquablement souple, suivant lequel l'isolement «ne peut excéder six heures», après quoi «un cadre désigné doit autoriser la poursuite de la mesure»<sup>54</sup>. Les documents étudiés ne donnent aucune indication sur cette procédure d'autorisation. Il semble que ce premier contrôle extérieur ne soit pas très rigoureux et que le jeune ne soit pas entendu à cette occasion<sup>55</sup>. Voilà qui pose problème au regard des exigences constitutionnelles qui entourent le respect des principes de justice fondamentale lors de la prise d'une décision privative de liberté.

Par ailleurs, force est de constater que la marge de manœuvre initiale dont dispose l'éducateur est trop grande, tant par rapport à la durée potentielle de la mesure que par rapport à la mise en application. Aux États-Unis, où le législateur balise l'utilisation de l'isolement auprès des enfants par le biais d'une loi qui leur est spécialement destinée, seul un membre du personnel ayant reçu une formation appropriée peut imposer une mesure d'isolement. Cette formation doit comprendre des techniques de prévention, des enseignements sur les besoins et les comportements de la population, l'alliance thérapeutique, les méthodes visant à éviter les escalades et les jeux de pouvoir, les impacts physiologiques et psychologiques de l'isolement, les enjeux légaux et ainsi de suite<sup>56</sup>.

---

54. ACJQ, *Cadre de référence 2002*, supra note 21 à la p. 12; voir aussi ACJQ, *Cadre de référence 1995*, supra note 20 à la p. 11.

55. Selon les informations obtenues lors d'une entrevue auprès du directeur des services de réadaptation des Centres jeunesse de l'Outaouais, M. Roger Brunette, ce contrôle s'exercerait par le biais d'une conversation téléphonique entre l'éducateur et le cadre désigné. Entrevue tenue le 14 décembre 2000.

56. *Children's Health Act of 2000*, Pub.L. No. 106-310, 114 Stat. 1101 art. 595 (1) (A) [*Children's Health Act*] : «The restraints or seclusion are imposed only in emergency circumstances and only to ensure the immediate physical safety of the resident, a staff member, or others and less restrictive interventions have been determined to be ineffective», and (B) : «The restraints or seclusion are imposed only by an individual trained and certified, by a State-recognized body and pursuant to a process determined appropriate by the State and approved by the Secretary, in the prevention and use of physical restraint and seclusion, including the needs and behaviors of the population served, relationship building, alternatives to restraint and seclusion, deescalation methods, avoiding power struggles,

L'expression *utilisation exceptionnelle*, quant à elle, signifie en *dernier recours*, lorsque tous les autres moyens ont échoué et que la sécurité immédiate de la personne ou de son entourage est menacée<sup>57</sup>. L'isolement, comme les autres mesures de contrôle, doit s'employer «avec beaucoup de parcimonie». C'est dire qu'un comportement dangereux n'entraîne pas *de facto* son utilisation et que les méthodes d'interventions moins coercitives doivent être favorisées. Le ministère de la Santé et des Services sociaux investit d'ailleurs clairement les établissements d'un «objectif de réduction maximale d'utilisation de ces mesures, voire ultimement d'élimination et ce, par la mise en place de mesures de remplacement efficaces et respectueuses des personnes»<sup>58</sup>. Dans cette optique, le plan d'action qui accompagne les orientations ministérielles recommande la mise sur pied d'un processus de formation à l'intention des intervenants, dans le but de développer des mesures de remplacement adaptées aux différentes clientèles du réseau.

### **2.3 Une utilisation qui tient compte de l'état physique et mental de la personne**

Il est loin d'être admis que l'utilisation de l'isolement auprès d'enfants ayant souffert de rejet soit thérapeutique. L'expérience d'abandon et les hospitalisations en bas âge, jumelées à des troubles caractériels constituent une contre-indication majeure à l'isolement. Le processus de mise en isolement perpétuerait les schèmes d'agression dans le traitement des jeunes victimes de

---

thresholds of restraints and seclusion, the physiological and psychological impact of restraint and seclusion, monitoring physical signs of distress and obtaining medical assistance, legal issues, position asphyxia, escape and evasion techniques, time limits, the process for obtaining approval for continued restraints, procedures to address problematic restraints, documentation, processing with children, and follow-up with staff, and investigation of injuries and complaints».

57. Ministère de la santé, *Orientations 2002*, *supra* note 25 à la p. 15.

58. *Ibid.* à la p. 8.



violence et entretiendrait des modes relationnels pathologiques<sup>59</sup>. En soi, l'utilisation de l'isolement dans les centres de réadaptation paraît donc problématique. Dans plusieurs cas, on pourrait arguer qu'elle ne tient pas compte de l'état physique et mental du jeune.

L'ACJQ reconnaît cette réalité, affirmant : «[...] qu'avec les jeunes victimes de violence, on se retrouve dans un processus répétitif où la dynamique se rejoue dans la réadaptation même. [...] Les jeunes perturbés qui ont souffert de violence familiale perpétuent eux-mêmes cette violence lorsqu'ils sont placés et pris en charge. Le cycle conflictuel se répète, piégeant ainsi les intervenants dans leurs réponses et intentions non agressives»<sup>60</sup>. L'ACJQ poursuit avec cette mise en garde : «Dans l'application [des mesures d'isolement] il s'avère donc essentiel de rester vigilant et de tenir compte des structures de personnalité, des pathologies, de l'histoire et des traumatismes vécus par chacun des jeunes pour rester attentif aux contre-indications de l'utilisation [de l'isolement]»<sup>61</sup>. La grande majorité des centres jeunesse formulent deux mises en garde générales par rapport à l'état physique et mental de la personne qui subit une mesure d'isolement : 1) les comportements d'automutilation doivent faire l'objet d'une attention particulière de la part de l'intervenant et de la direction concernée<sup>62</sup>; 2) le recours à l'isolement doit être exceptionnel pour les enfants de moins de douze ans et lorsqu'il s'avère nécessaire, il est recommandé que le personnel clinique demeure présent avec l'enfant durant toute la durée de la

---

59. *Commission des affaires sociales*, *supra* note 1 et texte correspondant.

60. ACJQ, *Cadre de référence 1995*, *supra* note 20 à la p. 2; voir aussi ACJQ, *Cadre de référence 2002*, *supra* note 21 à la p. 4.

61. ACJQ, *Cadre de référence 1995*, *ibid.* à la p. 3; voir aussi ACJQ, *Cadre de référence 2002*, *ibid.* à la p. 5.

62. ACJQ, *Cadre de référence 1995*, *ibid.* à la p. 9; voir aussi ACJQ, *Cadre de référence 2002*, *ibid.* à la p. 10. Ces principes sont repris par la grande majorité des règles internes sur l'isolement des Centres jeunesse. Il serait souhaitable d'être plus précis et d'indiquer en quoi doit consister «l'attention particulière» préconisée. Une mesure d'isolement consécutive à une tentative de suicide semble à première vue déshumanisante. Comment doit-elle être conduite pour que le jeune puisse exprimer sa souffrance et en retirer quelque bénéfice ?

mesure<sup>63</sup>. Vu ce qui précède, on ne peut qu'encourager les CJ à formuler leurs paramètres d'application dans une optique d'individualisation de la mesure d'isolement, prenant davantage en compte l'histoire particulière de chaque jeune. L'ACJQ encourage d'ailleurs ses membres à procéder de la sorte<sup>64</sup>.

#### **2.4 Une mention détaillée au dossier, un protocole d'application et une évaluation annuelle de l'application des mesures d'isolement**

Le deuxième paragraphe de l'article 118.1 LSSSS indique que lorsqu'une mesure d'isolement est prise à l'égard d'une personne, «elle doit faire l'objet d'une mention détaillée dans son dossier. Doivent notamment y être consignées une description des moyens utilisés, la période pendant laquelle ceux-ci ont été utilisés et une description du comportement qui a motivé la prise ou le maintien de cette mesure». Toutes les règles internes des centres jeunesse sans exception, prescrivent cette obligation. La consignation de la mesure d'isolement au dossier du jeune est importante pour plusieurs raisons. Elle permet de conscientiser les intervenants, de connaître avec exactitude le taux d'utilisation de l'isolement auprès d'un jeune ou d'un groupe de jeunes en particulier, d'évaluer l'application des mesures d'isolement et de compiler des statistiques provinciales à ce sujet<sup>65</sup>.

Suivant l'article 118.1 al. 3 LSSSS, les centres jeunesse ont l'obligation d'adopter un protocole d'application des mesures de contrôle qui tienne compte des orientations ministérielles. Encore une fois, tous les centres jeunesse se conforment à la loi et ont adopté des règles internes sur l'isolement bien avant l'émission des orientations ministérielles en s'inspirant du cadre de référence émis en 1995 par leur association. Dans l'ensemble, les centres

---

63. ACJQ, *Cadre de référence 1995*, *ibid.* aux pp. 9, 11; voir aussi ACJQ, *Cadre de référence 2002*, *ibid.* aux pp. 10, 12, reprise par la grande majorité des règles internes sur l'isolement des Centres jeunesse.

64. ACJQ, *Cadre de référence 2002*, *ibid.* à la p. 10.

65. Il n'existe pas à ce jour de statistiques compilées sur l'utilisation de l'isolement dans les centres jeunesse.

jeunesse ont procédé à la mise à jour régulière de leurs règles internes.

Enfin, l'article 118.1 LSSSS prescrit l'obligation aux établissements de procéder à une évaluation annuelle de l'application des mesures de contrôle afin d'apprécier dans chaque cas la pertinence de recourir à la force, à l'isolement et à la contention et ce dans le but ultime de réduire, voire d'éliminer ces pratiques<sup>66</sup>.

### **3. Les autres mesures de confinement**

Plusieurs autres mesures impliquant un confinement dans une pièce fermée existent dans les centres de réadaptation et prennent diverses appellations : retrait, retrait hors service, programmation spéciale, arrêt d'agir. Le *Rapport de recherche sur les enquêtes en lésion de droits des jeunes en centre de réadaptation* de la Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse<sup>67</sup> démontre que ces mesures de confinement représentent une solution d'intervention de premier choix tant au plan disciplinaire que clinique et que, malgré la diversité des vocables utilisés, la réalité demeure la même : l'enfant est isolé dans une pièce fermée à clef et souvent vide de tout contenu personnel.

Après avoir décrit en quoi consistent ces mesures et analysé leur encadrement juridique actuel, nous nous demanderons si elles équivalent à la mesure d'isolement prévue à l'article 118.1 LSSSS et qui s'avèrent être clairement interdites à titre de mesures disciplinaires en vertu du nouvel article 10 LPJ.

---

66. Ministère de la santé, *Orientations 2002*, *supra* note 25 à la p. 17.

67. Lucie Lemonde, «Rapport de recherche sur les enquêtes en lésion de droits des jeunes en centre de réadaptation» (6 avril 2007) en ligne : UQAM, Faculté de science politique et de droit [http://www.er.uqam.ca/nobel/juris/dossiers/centres\\_readaptation.htm](http://www.er.uqam.ca/nobel/juris/dossiers/centres_readaptation.htm). Voir aussi : Lucie Lemonde, «Note de recherche : les droits des jeunes en centre de réadaptation au Québec – bilan des enquêtes» (2004) 1 R.C.D.S. 85 [Lemonde, «Réadaptation»].

### **3.1 Description de ces mesures**

Le *retrait* est une mesure disciplinaire imposée suite à une contravention aux règles de l'unité et consiste à retirer un jeune du groupe. Le retrait se déroule habituellement dans la chambre du jeune. Dans les unités sécuritaires, la chambre du jeune est fermée à clé à cette occasion. Le retrait peut aussi se dérouler dans des lieux exclusivement réservés à cette fin, soit des chambres de retrait ou des salles de retrait situées en dehors de l'unité. Ces lieux s'apparentent aux salles d'isolement : pièce vide, sans fenêtre, porte fermée à clef. Plusieurs chambres de retrait peuvent être regroupées en une seule unité, appelée *bloc retrait*. C'est le cas de l'unité La Relance à Cité des Prairies, qui regroupe quelques petites pièces bétonnées, portes barrées, vides de tout contenu à l'exception d'un lit de métal. L'unité La Relance ne compte aucun éducateur mais des gardiens de sécurité qui observent les jeunes à même leur poste de télévision (les chambres étant munies de caméras vidéo). Ces derniers demeurent confinés pendant toute la durée de leur retrait qui peut s'étaler sur plusieurs heures, voire plusieurs jours.

Lorsqu'un jeune ne collabore pas à son plan d'intervention ou lors d'un retour de fugue, il arrive que des *programmations spéciales* soient mises sur pied pour établir un régime de vie spécifique et différent des règles générales de l'unité. De telles programmations sont fréquentes et entraînent toutes sortes de modifications aux conditions d'hébergement du jeune. Elles impliquent de longues heures journalières de confinement en chambre porte verrouillée et constituent des privations additionnelles de liberté. Dans le milieu, on ne considère pas que les programmations spéciales soient des mesures disciplinaires. Des mesures de retrait ou d'isolement peuvent même s'y ajouter, restreignant encore davantage la liberté de l'adolescent.

Les *programmes d'arrêt d'agir* ne sont pas considérés comme une mesure disciplinaire. En effet, les centres jeunesse affirment que l'arrêt d'agir est un hébergement de courte durée, motivé par les besoins du jeune. C'est, selon les termes employés,

l'«intervention terminale» dans un «continuum de services»<sup>68</sup>. Ce programme, tout comme la programmation spéciale et le retrait hors service, entraîne des restrictions de liberté très importantes. La porte de la pièce réservée à cette fin ou celles des unités spécialisées de ce programme, sont fermées à clé en tout temps. Les jeunes ne sortent pas de cette unité, si ce n'est pour aller fumer une cigarette dans une petite cour grillagée. Les chambres sont exemptes de tout contenu personnel ; on y trouve un lit de métal vissé au plancher, de même qu'un pupitre avec banc intégré, également vissé au plancher. La porte des chambres se verrouille automatiquement sitôt fermée sans qu'on puisse l'ouvrir de l'intérieur. Suivant la programmation d'une unité d'arrêt d'agir<sup>69</sup>, les jeunes sont confinés dans leur chambre environ vingt heures par jour. Ils n'y sont pas scolarisés. Les éducateurs leur remettent certaines questions écrites auxquelles ils doivent répondre, également par écrit : c'est ce qu'on appelle dans le milieu «faire une réflexion».

### **3.2 L'encadrement juridique de ces mesures**

Jusqu'à maintenant, c'est-à-dire jusqu'à l'adoption prochaine du règlement d'application de la nouvelle loi, la pratique du confinement en chambre porte verrouillée, que se soit le retrait, la programmation spéciale ou l'arrêt d'agir, n'était pas encadrée par la loi. L'article 10 de la LPJ indiquait simplement que toute mesure disciplinaire doit être prise dans l'intérêt de l'enfant, conformément à des règles internes approuvées par le conseil d'administration de l'établissement :

**10.** Toute mesure disciplinaire prise par un établissement qui exploite un centre de réadaptation à l'égard d'un enfant doit l'être dans l'intérêt de celui-ci conformément à des règles internes qui doivent être approuvées par le conseil d'administration et affichées bien en vue à l'intérieur de ses

---

68. Les Centres jeunesse de Montréal, *Programme d'arrêt - d'agir*, Montréal, Les Centres jeunesse de Montréal, 1998.

69. Unité *L'intervalle*, Centre de réadaptation Dominique Savio-Mainbourg des Centres jeunesse de Montréal.

installations. L'établissement doit s'assurer que ces règles sont expliquées à l'enfant de même qu'à ses parents.

Après analyse des règles internes de tous les centres jeunesse du Québec existant en 2000<sup>70</sup>, le constat suivant

- 
70. Nous avons écrit le 12 octobre 2000 à tous les centres jeunesse (dans certains cas, des rappels écrits ont été nécessaires au cours de l'année 2001), puis une deuxième fois le 27 janvier 2004 pour vérifier si les règles internes que nous possédions étaient toujours en vigueur. Nous avons obtenus les documents suivants : région 01 : Centre jeunesse Bas-Saint-Laurent, *Règlement portant sur les mesures disciplinaires applicables aux usagers admis dans les services de réadaptation*, 3<sup>e</sup> mise à jour, 1998 (19 pages et annexe). Région 02 : Centres jeunesse du Saguenay Lac-St-Jean, *Règles internes en centre de réadaptation*, 1995 (dépliant de 2 pages). Région 03 : Centres jeunesse de Québec, *Règles internes et mesures disciplinaires au Centre jeunesse de Québec*, 2001, (7 pages). Région 04 : Centres jeunesse de la Mauricie et du Centre-du-Québec, *Politique sur les mesures disciplinaires*, 1997, en voie de révision (21 pages et annexes). Région 05 : Centres jeunesse de l'Estrie, *Norme de pratique clinique sur les mesures disciplinaires à l'endroit des jeunes en centre de réadaptation*, 2004 (3 pages). Région 06 : Centres jeunesse de Montréal, *Règlement numéro 4 portant sur les mesures disciplinaires*, 2003 (5 pages) et *Procédure d'application des mesures disciplinaires*, 2003 (8 pages). Région 06 : Centres de la jeunesse et de la famille Batshaw, *Politique sur les mesures disciplinaires à l'égard des enfants et des adolescents de la direction des services résidentiels de réadaptation*, 1996 (24 pages) ; *Politique sur l'utilisation de l'arrêt d'agir dans les services résidentiels pour adolescents*, 1998 (12 pages). Région 07 : Centres jeunesse de l'Outaouais, *Politique relative à l'application de l'article 10 de la Loi sur la protection de la jeunesse : les mesures disciplinaires*, 1995 (18 pages et annexes) et *Règles internes sur les mesures disciplinaires*, 1995 (3 pages). Région 08 : Centres jeunesse de l'Abitibi-Témiscamingue : les documents sur les mesures disciplinaires n'ont jamais été transmis malgré une demande écrite le 12 octobre 2000, un rappel écrit le 4 janvier 2001, le 5 février 2001 et le 7 mai 2001, un rappel téléphonique le 17 septembre 2001 et une nouvelle lettre le 27 janvier 2004. Région 09 : Centre jeunesse Côte-Nord, *Politique sur les mesures disciplinaires et les règles internes*, 1995 (6 pages, en voie de révision). Région 11 : Centre jeunesse Gaspésie/Les Îles, *Politique relative à l'application de l'article 10 de la Loi sur la protection de la jeunesse : mesures disciplinaires*, 1994 (16 pages). Région 12 : Centres jeunesse Chaudière-Appalaches, *Politique relatives aux règles internes et l'application des mesures disciplinaires*, 2002 (7 pages et annexe). Région 13 : Centres jeunesse de Laval, *Règlement numéro 3 sur l'application des mesures disciplinaires à l'égard d'un usager*, 1996 (4 pages). Région 14 : Centres jeunesse de Lanaudière, *Règlement sur les mesures disciplinaires*,

s'impose : les règles internes ne balisaient ni les motifs d'utilisation de la mesure de retrait, ni les conditions dans lesquelles celle-ci se déroule, ni sa durée ni le processus décisionnel applicable.

### **3.3 Application de l'article 118.1 LSS à ces mesures**

Ces formes spécifiques d'enfermement que sont le retrait en pièce verrouillée, la programmation spéciale et l'arrêt d'agir, ne sont pas considérées par les responsables des centres comme de l'isolement. En conséquence, ces derniers estiment que l'article 118.1 LSSSS ne trouve pas application dans ces circonstances. Il semble donc que le mot «isolement» ait une portée très étroite dans les centres de réadaptation. Seule une mesure d'isolement en salle d'isolement serait considérée comme telle ; la même mesure se déroulant dans une salle de retrait, fût-elle complètement vide et fermée à clef, ne constituerait pas de l'isolement et échapperait aux exigences de la LSSSS et à celles énoncées par la CDPDJ.

Pourtant, ces formes de confinement correspondent à la définition juridique de l'isolement, soit le fait d'être enfermé dans un lieu d'où l'on ne peut sortir par soi-même. Dans une décision récente, un juge en est venu à cette conclusion concernant une programmation spéciale imposée à une adolescente :

Au retour d'une fugue, on impose à l'adolescente un encadrement intensif qui se traduit comme suit : de 21 h 45 à 7 h 30 elle est dans sa chambre et à cela il faut ajouter 7 heures pendant la journée. Elle a droit à un peu de temps sur le «plancher», mais à des moments où les autres n'y sont pas. À ce jour on lui a imposé deux encadrements intensifs de quatorze jours avec des prolongations de sept jours.

---

1995 (10 pages). Région 15 : Centre jeunesse des Laurentides, *Règles de conduite, mesures éducatives, disciplinaires et d'exception dans les services de réadaptation du Centre jeunesse des Laurentides*, 2001 (21 pages). Région 16 : Centres jeunesse de la Montérégie, *Politique sur les mesures disciplinaires applicables à l'endroit des usagers*, 2000 (8 pages).

(...) Il est difficile de concevoir le bien-fondé d'une telle mesure lorsqu'on a déjà vu le directeur demander l'intervention du tribunal pour des parents qui enfermaient leur adolescent dans sa chambre pour l'empêcher de quitter la résidence !

(...) Cela dit, le tribunal assimile l'encadrement intensif, tel qu'explicité par le témoin, à une mesure de contention et d'isolement.

Il s'agit d'une mesure qui empêche la liberté de circulation à l'intérieur du centre de réadaptation et de l'unité. La chambre devient une cellule. Donc, la seule différence entre la chambre et la cellule est le nom qu'on lui donne. L'effet est le même, tant psychologiquement que physiquement.

Si l'isolement dans une cellule n'est pas permis, le tribunal ne peut envisager comment l'isolement dans une pièce que l'on appelle «chambre» peut être acceptable<sup>71</sup>.

Cette pratique des centres de ne considérer comme de l'isolement uniquement les mesures qui se déroulent dans les pièces spécifiquement désignées comme *salles d'isolement*, est non conforme à l'esprit de la loi. Les mesures de retrait dans une pièce sécuritaire et l'arrêt d'agir sont toutes deux des mesures particulièrement privatives de liberté qui devraient être strictement encadrées de la même façon que la mesure d'isolement. Comme on l'a vu, les conditions dans lesquelles certaines mesures de retrait «hors service» et «d'arrêt d'agir» se déroulent sont exactement les mêmes que celles des salles d'isolement. L'isolement n'est pas un lieu mais un état, et ce n'est pas la qualification de la mesure qui compte mais son effet.

En ce sens, ces mesures devraient elles aussi respecter l'article 118.1 LSSS et le nouvel article 10 LPJ et ne jamais être imposées à titre de sanction disciplinaire. Si l'isolement disciplinaire est interdit et illégal, alors une sanction disciplinaire ne peut consister en une mesure de confinement dans une pièce austère d'où l'enfant ne peut sortir de lui-même. À la lumière des connaissances actuelles qui établissent que les retraits prolongés dans des locaux austères perdent toute efficacité thérapeutique,

---

71. Dans la situation de V.D., *supra* note 48.



un programme comme l'arrêt d'agir ne devrait tout simplement pas exister. De plus, dans la mesure où un tel confinement est susceptible d'entraîner des effets punitifs importants, qui peuvent annihiler le but éducatif recherché, il ne peut alors s'agir d'une mesure disciplinaire «dans l'intérêt de l'enfant», selon les termes de la LPJ.

Aux États-Unis, la législation différencie clairement la pratique de l'isolement (*seclusion*) et celle du retrait (*time out*). Le *Children's Health Act of 2000*<sup>72</sup> exclut toute possibilité de confinement à des fins disciplinaires et interdit spécifiquement le retrait dans un local verrouillé. Une mesure disciplinaire ne peut se dérouler que dans *a non-locked setting*. Cette loi présente l'intérêt de distinguer clairement les mesures de l'article 585(4) et (5) qui se lit comme suit :

*Seclusion – The term seclusion means a behaviour control technique involving locked isolation. Such term does not include a time out.*

*Time out – The term time out means a behaviour management technique that is part of an approved treatment program and may involve the separation of the resident from the group, in a **non-locked** setting, for the purpose of calming. Time out is not seclusion.*

#### **4. Le respect des principes de justice fondamentale**

Comme nous venons de le voir, le confinement en pièce fermée à titre de mesure disciplinaire est interdit aux États-Unis et devrait l'être ici aussi en vertu du nouvel article 10 LPJ. Ainsi, les retraits en salle de retrait ou «en arrêt d'agir» ne devraient plus exister dans les centres de réadaptation pour jeunes. Dans tous les cas, une mesure disciplinaire consistant à confiner un jeune dans une pièce verrouillée devrait être réservée aux infractions les plus graves, à l'issue d'un processus décisionnel respectueux des principes de justice fondamentale. De la même façon, le règlement devrait déterminer les garanties procédurales requises lors de la

---

72. *Children's Health Act*, *supra* note 56.

prise de décision d'hébergement en encadrement intensif, à l'instar de celles qu'instaure la *Loi sur le système de justice pénale pour les adolescents*<sup>73</sup>.

#### **4.1 Un processus disciplinaire juste et équitable**

Pour respecter les principes de justice fondamentale, le règlement à venir devrait encadrer le processus disciplinaire et offrir les mêmes garanties procédurales, avec les nuances qui s'imposent, que celles reconnues aux adultes incarcérés. Dans le monde carcéral pour adultes, l'assujettissement à des mesures privatives de liberté pendant l'incarcération, telles certaines mesures disciplinaires, l'isolement préventif ou punitif et le transfèrement dans des lieux à sécurité plus élevée, est régi par des règles respectueuses des principes de justice fondamentale. En 1985, la Cour suprême a reconnu que la réalité moderne de l'incarcération impliquait des variations substantielles du degré de liberté et que toute décision affectant la liberté résiduelle du détenu devait respecter l'équité procédurale<sup>74</sup>. Par la suite, de nombreux jugements ont défini de façon concrète le contenu de ces garanties procédurales<sup>75</sup>.

L'intervention des tribunaux a constitué un stimulus de réforme législative. Au fur et à mesure que les juges ont élaboré des critères pour juger de la légalité d'une pratique ou d'un processus décisionnel, s'est produite une transformation de ces critères en normes substantives ou législatives. Ainsi, au Québec, le *Règlement sur les établissements de détention*<sup>76</sup> énumère de façon précise les manquements susceptibles de constituer une infraction disciplinaire et les peines pouvant être imposées. Les sanctions vont de la réprimande au confinement dans sa cellule ou à la réclusion dans un secteur distinct selon la gravité du

---

73. *Loi sur le système de justice pénale pour adolescents*, L.C. 2002, c.1.

74. *R. c. Miller*, [1985] 2 R.C.S. 613.

75. Sur cette question, voir Lucie Lemonde, «L'évolution des normes dans l'institution carcérale» (1995) 10 R.C.D.S. 125; Lucie Lemonde, «Bilan et impact de l'intervention judiciaire en droit carcéral américain et canadien» (1995) 14 Windsor Y.B. Access Just. 82.

76. *Règlement sur les établissements de détention*, R.R.Q. 1981, c. P-26, r. 1.

manquement, le degré de préméditation et d'autres critères établis dans le règlement. Le processus disciplinaire doit être «juste et impartial». Le détenu a le droit de connaître la preuve contre lui, celui de faire valoir son point de vue, celui de contre-interroger les témoins et de faire réviser la décision. Au fédéral, le détenu a en plus de ces droits, celui d'être représenté par un avocat devant le tribunal disciplinaire<sup>77</sup>. Des garanties semblables sont prévues pour les transfèrements et l'isolement préventif<sup>78</sup>.

Il n'y a aucune raison pour que les jeunes en protection ne jouissent pas des mêmes droits constitutionnels que les jeunes délinquants ou les prisonniers lorsqu'ils font face à des privations additionnelles de liberté pendant leur séjour en centre de réadaptation. Le règlement à venir devrait donc aborder les points suivants.

*Les motifs d'utilisation du retrait ou les comportements interdits*

En vertu de l'article 7 de la *Charte canadienne* et de l'article 24 de la *Charte québécoise*, on ne peut priver quelqu'un de sa liberté qu'en conformité avec les principes de justice fondamentale et sauf pour des motifs prévus par la loi. Il est acquis que ces garanties constitutionnelles et quasi-constitutionnelles englobent le droit de connaître les comportements prohibés et les sanctions susceptibles d'en découler<sup>79</sup>. À son entrée en centre de réadaptation, le jeune devrait être informé des conduites constituant des infractions aux règlements internes, du genre et

---

77. *Règlement sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition*, D.O.R.S./92-620, art. 31.

78. *Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition*, L.C. 1992, c. 20.

79. Dans l'affaire *Nova Scotia Pharmaceutical Society c. La Reine*, [1992] 2 R.C.S. 606, la Cour suprême a déclaré que le texte qui crée l'infraction devait être suffisamment précis pour constituer un guide capable de susciter un débat judiciaire. Cette exigence repose sur deux motifs, selon la Cour : premièrement, donner aux citoyens un avertissement raisonnable qu'une conduite est prohibée et deuxièmement, interdire l'application discrétionnaire des normes juridiques.

de la durée des mesures disciplinaires susceptibles d'être imposées<sup>80</sup>.

Or dans les centres, de manière générale, les règles internes ne renseignent qu'indirectement sur les comportements interdits et sont plutôt articulées en termes de valeurs à respecter. Elles sont brièvement rédigées autour de trois thèmes : respect de soi, des autres et de l'environnement<sup>81</sup>. Un très grand nombre de comportements peuvent donc constituer un manque de respect de soi, des autres ou de l'environnement. De plus, les unités de chaque centre ont leur propre code de vie communautaire dans lequel sont aussi décrits les comportements attendus. En conséquence, la mesure de retrait peut être appliquée pour une durée variable dans un nombre quasi illimité de situations.

Le jeune devrait avoir accès à une information simple et complète à l'intérieur d'un même texte sans avoir à imaginer quelles sont les règles de conduite applicables et sans avoir à découvrir sur le terrain les conséquences d'un manquement aux multiples prescriptions du code de vie. Sans pour autant tout prévoir, il faudrait néanmoins préciser les comportements susceptibles de conduire à une sanction disciplinaire, établir une certaine gradation dans les sanctions applicables et en préciser la

---

80. *Ensemble de règles minima pour le traitement des détenus*, adopté par le premier Congrès des Nations Unies pour la prévention du crime et le traitement des délinquants (Genève 1955), approuvée par Rés. CES 663C(XXIV) (1957) et Rés. CES 2076(LXII) (1977) art. 29-30, 35, en ligne : Haut-Commissariat des Nations Unies aux droits de l'homme <<http://www.ohchr.org/french/law/detenus.htm>>; *Ensemble de principes pour la protection de toutes les personnes soumises à une forme quelconque de détention et d'emprisonnement*, Rés. AG 43/173, 43<sup>e</sup> sess., Doc. NU A/43/49 (1988) art. 30, en ligne : Haut-Commissariat des Nations Unies aux droits de l'homme <<http://www.ohchr.org/french/law/detention.htm>>; *Règles des Nations Unies pour la protection des mineurs privés de liberté*, Rés. AG 45/113, 45<sup>e</sup> sess., (1990) art. 68, en ligne : Haut-Commissariat des Nations Unies aux droits de l'homme <<http://www.ohchr.org/french/law/mineurs.htm>>.

81. Voir à titre d'exemple, Les Centres jeunesse de Montréal, *Code de vie des usagers des services de réadaptation pour l'adolescence et le milieu sécuritaire*, Québec.

durée maximale. De la même façon, il faudrait prévoir un mécanisme de révision de ces mesures.

*Les conditions dans lesquelles se déroule le retrait*

Les mesures disciplinaires de retrait peuvent avoir lieu dans la chambre même du jeune. Dans les unités sécuritaires, soit les unités de garde fermée pour jeunes contrevenants et les unités dites d'encadrement intensif, les portes des chambres se verrouillent automatiquement, ce qui fait que le jeune ne peut en sortir de lui-même. Même lorsque le retrait s'effectue dans la chambre de l'enfant ou de l'adolescent, il n'a pas forcément le droit d'y faire ce qu'il veut : on peut lui interdire d'écouter de la musique, de lire, de dormir et ainsi de suite<sup>82</sup>. Il arrive que l'on vide la chambre du jeune de tous ses effets personnels<sup>83</sup>. D'autres mesures de retrait disciplinaire peuvent se dérouler dans des salles de retrait qui, comme on l'a vu, s'apparentent clairement à

- 
82. Les documents internes des centres jeunesse mentionnent parfois les conditions dans lesquelles doivent se dérouler le retrait, mais ce n'est généralement pas le cas. À titre d'exemples, voir CJ Bas Saint-Laurent (01), *Unité La Bouée. Code de vie et normes et procédures*, mai 1999 (unité régulière pour garçons), p. 18 : «Quand l'éducateur te retire, tu dois assumer ton retrait comme suit : tu te rends à ta chambre sans rien dire, sans frapper, aucun bruit, lire, écrire mais pas de musique, téléphone ne compte pas dans le temps, retrait commence quand tu t'assumes correctement, tu ne sors pas de ta chambre, tu pourras fumer une cigarette aux trois heures. Le non respect de ces consignes pourrait t'entraîner une mesure disciplinaire supplémentaire pour refus de répondre à une exigence (non collaboration) comme prévu dans le règlement sur les mesures disciplinaires» et CJ Chaudière-Appalaches, *Politique relatives aux règles internes et l'application des mesures disciplinaires*, 2003, annexe II : «Application des mesures disciplinaires : si tu as à vivre une mesure disciplinaire de retrait en chambre, tu peux faire uniquement de la lecture et de l'écriture. Si tu utilises d'autre matériel il te sera confisqué. La mesure disciplinaire débutera au moment où tu seras disponible (calme, réceptif, à jeun, éveillé, etc.) et que tu respecteras les consignes de l'éducateur en présence».
83. Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse, *Rapport et conclusions d'enquête. Pavillon Bois-Joly*, CDPDJ, 2000 ; Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse, *Conclusions d'enquête. Relais Saint-François*, CDPDJ, 1999.

des salles d'isolement : elles sont bétonnées et quasiment vides, munies d'une porte qui se verrouille automatiquement.

Pour respecter les nouveaux amendements législatifs, les retraits disciplinaires dans des locaux austères et verrouillés devraient être interdits. Dans tous les cas, le retrait dans une pièce fermée devrait être réservée aux infractions disciplinaires les plus graves.

#### *La durée des mesures de retrait*

La durée potentielle des mesures de retrait n'est ni annoncée, ni plafonnée. Plusieurs rapports d'enquêtes en lésion de droits de la CDPDJ font état de retraits prolongés : retrait à La Relance (Cité des Prairies) de soixante-trois heures, programmation spéciale de trois semaines avec confinement en chambre de plus de vingt heures par jour et ainsi de suite<sup>84</sup>. Les règles internes des centres jeunesse autorisent des périodes de retrait de plusieurs heures, voire de plusieurs jours (tous les centres jeunesse envisagent sans sourciller la possibilité d'un retrait de plus de vingt-quatre heures), sans annoncer de limite temporelle maximale.

De surcroît, il n'existe pas à proprement parler de mécanismes de révision des mesures de retrait dans les centres de réadaptation pour jeunes. Par contre, quelques centres jeunesse ont instauré un processus d'autorisation suivant lequel un supérieur hiérarchique doit entériner la prolongation de la mesure de retrait au-delà d'un certain nombre d'heures. Soulignons toutefois que plusieurs centres jeunesse fournissent des indications qui sont trop floues pour être qualifiées de processus d'autorisation : on dira par exemple que les «stratégies spéciales» comportant des périodes de retrait et des restrictions de liberté doivent être révisées une fois par semaine ; que la mesure de retrait doit être réexaminée aux huit heures ; que plus la mesure disciplinaire est lourde, plus l'équipe ou le chef d'unité doit être impliqué ; ou qu'il faut superviser régulièrement l'application

---

84. Lemonde, «Réadaptation», *supra* note 67.

d'une mesure de retrait. Cinq centres jeunesse prévoient toutefois un processus d'autorisation précis, suivant lequel la prolongation de la mesure de retrait doit être entérinée par un supérieur.

Pour respecter les nouveaux amendements législatifs et le droit des jeunes à la liberté, la durée journalière maximale durant laquelle un enfant ou un adolescent peut être enfermé dans une pièce devrait être plafonnée, tous types d'enfermement confondus.

#### **4.2 La décision menant à l'encadrement intensif**

Comme on l'a vu précédemment, le programme «d'encadrement intensif» ne tire pas son origine d'un texte législatif ou réglementaire mais il est une création des professionnels œuvrant dans les centres jeunesse<sup>85</sup>. Ce programme s'adresse aux jeunes qui ont besoin d'un «encadrement statique et dynamique» plus élevé que dans les unités régulières et se déroule dans des unités spécialement désignées à cette fin. Bien que nommée unité ouverte, il s'agit dans les faits, de garde sécuritaire. L'expression «encadrement statique» réfère au dispositif sécuritaire en place : dans les unités d'encadrement intensif, «l'environnement physique du jeune (éléments architecturaux telles les portes et les fenêtres, matériel et équipement, biens personnels) permet un contrôle accru de son comportement»<sup>86</sup>. Quant à l'expression «encadrement dynamique», elle réfère à l'intensité du programme de réadaptation offert au jeune.

Le nouvel article 11.1.1, s'il autorise ce programme très restrictif de liberté, en balise toutefois clairement l'utilisation. Cet amendement à la loi est bienvenu pour deux raisons. D'une part, il met fin à l'incertitude qui régnait quant à la légalité de cet hébergement sécuritaire. Deuxièmement, en délimitant strictement le motif d'utilisation de cette mesure – soit l'existence d'un risque sérieux que l'enfant ou l'adolescent présente un

---

85. Association des centres jeunesse du Québec, *Cadre de référence pour l'adoption d'une politique relative à la mise en place d'un programme d'encadrement intensif*, ACJQ, 2000.

86. *Ibid.*

danger pour lui-même ou pour autrui – et en précisant qu'elle doit prendre fin dès que disparaissent les motifs l'ayant justifié, l'amendement aura pour effet d'en réduire la fréquence et la durée. Il s'agit d'une reconnaissance claire du caractère exceptionnel que cette mesure très contraignante doit revêtir.

*Motif prévu par la loi*

Le Projet de loi 125 prévoyait qu'un enfant pouvait être hébergé en encadrement intensif s'il existait un risque de danger pour lui-même ou pour autrui ou s'il y avait un risque de fugue. La référence au risque de fugue n'apparaît pas dans la nouvelle loi. L'article 11.1.1 parle uniquement de «risque de danger pour lui-même ou pour autrui». Bien que le terme «risque» soit sujet à interprétation, l'exigence des articles 7 de la *Charte canadienne* et 24 de la *Charte québécoise* voulant que l'on ne puisse priver quelqu'un de sa liberté sauf pour des motifs prévus par la loi, est maintenant remplie.

*Durée et conditions du placement*

Quoique aucune durée maximale ne soit prescrite le nouvel article est clair, «un tel hébergement doit prendre fin dès que sont disparus les motifs qui l'ont justifié». Dans son mémoire à la Commission des affaires sociales, l'ACJQ proposait l'ajout suivant : «et si cela est dans l'intérêt de l'enfant»<sup>87</sup>. Le législateur n'a heureusement pas retenu cette suggestion qui aurait pu donner lieu à des abus. Il aurait en effet été possible de justifier le maintien de privation de liberté au nom du meilleur intérêt de l'enfant. Or, comme l'écrivent deux auteurs belges : «Le respect ou non de l'intérêt de l'enfant se mesure avant tout sur le respect ou non de ses droits»<sup>88</sup>.

---

87. Commission des affaires sociales, «Mémoire de l'Association des centres jeunesse du Québec» (18 mai 2007) en ligne : Voir <<http://www.assnat.qc.ca/fra/37legislature1/commissions/Cas/depot-PL125.html>>.

88. Geert Cappelaere et Anne Grandjean, *Enfants privés de liberté : droits et réalités*, Liège, Jeunesse et droit, 2000 à la p. 210.



Le règlement à venir devrait aussi plafonner la durée maximale quotidienne pendant laquelle un jeune peut être confiné dans sa chambre, que ce soit pour y étudier, y faire des réflexions écrites ou pour toute autre raison ; dans tous les cas, l'enfermement en chambre à des fins purement administratives devrait être interdit car il porte indûment atteinte au droit à la liberté des adolescents.

#### *Processus décisionnel*

Le nouvel article 11.1.1 édicte quelques garanties qui entourent la prise de décision d'envoi en encadrement intensif et annonce l'adoption d'un règlement. La décision doit être prise par le directeur selon les conditions prévues par le règlement. Elle doit faire l'objet d'une mention détaillée au dossier de l'enfant, qui en précise les motifs ainsi que sa durée. Les informations contenues dans ce règlement doivent être remises à l'enfant s'il est en mesure de les comprendre, de même qu'à ses parents et leur être expliquées. Finalement, l'enfant ou ses parents peuvent saisir le tribunal d'une telle décision du directeur général. Cette demande est instruite et jugée d'urgence.

Au moment d'écrire ces lignes, le règlement n'était pas encore connu. À notre avis, puisque l'encadrement intensif constitue une privation importante de liberté par rapport aux conditions de vie habituelles dans les unités régulières, le futur règlement devrait contenir les mêmes garanties que celles prévues dans la *Loi sur le système de justice pénale pour les adolescents*. Les articles 86(1) et 87 de cette loi prévoient que, lors du transfert d'un adolescent d'une unité de garde ouverte à une unité de garde fermée, celui-ci a droit à la communication de tout renseignement sur lequel est basée la décision ; il a le droit de se faire entendre et de faire évaluer la décision par une commission d'examen indépendante. Le législateur fédéral reconnaît donc qu'une telle décision entraîne une privation de liberté et qu'en ce sens, elle doit respecter les principes de justice fondamentale. Il n'existe aucune raison pour que les jeunes en protection ne jouissent pas des mêmes garanties constitutionnelles.

## **Conclusion**

Depuis l'adoption de l'article 118.1 LSSSS en 1998, le législateur a manifesté à quelques reprises sa volonté d'enrayer la pratique usuelle de l'isolement dans les centres de réadaptation pour jeunes. Cet article, nous l'avons vu, circonscrit clairement le recours à l'isolement aux seules situations de danger physique imminent, dans l'unique but de protéger l'intégrité physique du jeune ou celle d'autrui pour la durée la plus courte possible. Les orientations ministérielles émises en 2002 militent clairement en faveur d'une interprétation stricte de cet article, l'objectif avoué étant de parvenir à enrayer définitivement l'utilisation de la mesure d'isolement.

Pourtant, le milieu de la réadaptation juvénile peine à intégrer de nouveaux usages. L'utilisation de l'isolement ne disparaît pas mais se camoufle sous d'autres vocables et demeure bien présente dans le champ de l'action disciplinaire. Si les salles d'isolement ne sont plus utilisées pour punir les jeunes (quoiqu'elles continuent à être utilisées pour contrôler les fugueurs), des salles de retrait austères existent ainsi que «des programmes d'arrêt d'agir» extrêmement coercitifs. Les jeunes récalcitrants sont sévèrement encadrés au moyen de programmations spéciales qui comportent de longues périodes d'enfermement en chambre. Enfin, des programmes d'encadrement intensif qui s'apparentent à de la garde fermée, ont été mis sur pied à travers le réseau des centres jeunesse. Or, en encadrement intensif, les jeunes sont quotidiennement confinés dans leur chambre pour des motifs purement administratifs et les retraits en chambre disciplinaires s'effectuent porte verrouillée. Toutes ces mesures s'apparentent à de l'isolement et vont à l'encontre de l'esprit de l'article 118.1 LSSSS.

En modifiant l'article 10 de la *Loi sur la protection de la jeunesse* dans le but de préciser que les mesures qui s'apparentent à de l'isolement ou à de l'encadrement intensif ne peuvent jamais être utilisées à titre disciplinaire, le législateur affirme davantage sa volonté de protéger le droit à la liberté de l'enfant, qu'il soit enfermé dans une unité de réadaptation

régulière ou sécuritaire. Le message est clair : enfermer un enfant à titre de sanction disciplinaire est illégal, peu importe l'appellation de la mesure. Voilà qui selon nous, met un terme au débat entourant la légalité du retrait en chambre porte verrouillée. Les centres jeunesse devront développer des mécanismes de retrait qui favorisent la réflexion du jeune sans être inutilement coercitifs.

Quant aux programmes d'arrêt d'agir et d'encadrement intensif, lesquels nous paraissent englober les programmations spéciales imposées à certains jeunes, ils devront se limiter aux strictes situations où le jeune présente des comportements à hauts risques qui mettent sa sécurité ou celle d'autrui en danger. Ici encore, le législateur est clair : l'utilisation de programmes restrictifs de liberté ne peut s'inscrire dans le mode usuel de fonctionnement des centres jeunesse et doit faire figure d'exception.

En toute logique, les règlements qui découleront de ces dispositions législatives devraient respecter les principes de justice fondamentale. La tenue d'une audition au cours de laquelle le jeune aurait véritablement l'occasion de faire valoir son point de vue avant que sa liberté ne soit entravée, paraît incontournable. Lorsque pareil règlement aura été adopté, le cadre légal et réglementaire qui entoure l'isolement et toutes les pratiques qui s'y apparentent, qu'il s'agisse de retrait porte verrouillée, d'arrêt d'agir, de programmations spéciales ou d'encadrement intensif, sera pour ainsi dire complet. Les limites du droit écrit auront alors été atteintes et pour exister, ces nouvelles normes devront imprégner la pratique.



**RDUS**

# **Revue de DROIT**

**UNIVERSITÉ DE SHERBROOKE**

**Titre :** LA CONFIANCE, INSTRUMENT DE RÉGULATION DES ENVIRONNEMENTS ÉLECTRONIQUES

**Auteur(s) :** Cynthia CHASSIGNEUX

**Revue :** RDUS, 2006-2007, volume 37, numéro 2

**Pages :** 441-472

**ISSN :** 0317-9656

**Éditeur :** Université de Sherbrooke. Faculté de droit.

**URI :** <http://hdl.handle.net/11143/11840>

**DOI :** <https://doi.org/10.17118/11143/11840>

*Page vide laissée intentionnellement.*

## ARTICLE

---

# LA CONFIANCE, INSTRUMENT DE RÉGULATION DES ENVIRONNEMENTS ÉLECTRONIQUES\*

par Cynthia CHASSIGNEUX\*\*

*Dans un environnement où les acteurs ne sont pas en présence l'un de l'autre, la confiance joue un rôle important. Toutefois quels en sont les fondements définitionnels, comment catégoriser la relation s'établissant entre l'émetteur et le destinataire de celle-ci et comment se matérialise-t-elle. Telles sont les avenues envisagées par l'auteure afin de démontrer que la confiance est un instrument de régulation des environnements électroniques.*

---

*In an environment where the parties are not always in each others' presence, trust necessarily plays an important role. However, what are the underpinnings defining this relationship, how should the relationship between the issuer and the addressee be characterized, and finally, how does it materialize? These are issues discussed by the writer who seeks to demonstrate that trust can be a means of regulating the electronic environment.*

---

\*. Cet article s'inscrit dans le cadre d'une recherche post-doctorale sur les mécanismes de production de la confiance à l'égard de la protection des renseignements personnels dans les environnements électroniques, financée par le Centre de recherche en éthique de l'Université de Montréal (CRÉUM). L'auteure tient à remercier MM. Jean-Guy Belley, Ejan Mackaay et Pierre Trudel pour leurs précieux commentaires sur les versions antérieures de ce texte.

\*\* . Chercheure post-doctorale. Docteure en droit de l'Université Panthéon-Assas (Paris II) et de l'Université de Montréal. Agente de recherche au Centre de recherche en droit public (CRDP) de l'Université de Montréal. Chargée de cours à l'Université de Montréal et de Sherbrooke.

442 *La confiance,*  
*instrument de régulation* (2007) 37 R.D.U.S.  
*des instruments électroniques*

## **SOMMAIRE**

<b>Introduction .....</b>	<b>443</b>
<b>La confiance, une notion aux multiples fondements définitionnels .....</b>	<b>452</b>
<b>La confiance, une notion aux multiples catégories .....</b>	<b>463</b>
<b>La confiance, une notion aux multiples matérialisations ....</b>	<b>467</b>
<b>Conclusion .....</b>	<b>471</b>



## Introduction

Le recours aux technologies de l'information et de la communication dans les activités de la vie politique, économique et sociale doit s'effectuer dans le respect des droits de tout un chacun. Ces droits sont majoritairement énoncés dans des textes réglementaires, édictés et sanctionnés par la puissance publique<sup>1</sup>. Ils sont également contenus dans des instruments autoréglementaires<sup>2</sup>, volontairement mis en place par des entités, souvent de nature privée, oeuvrant dans et pour un secteur donné. Se profile ici l'idée de réseau, de communauté. Ils sont aussi décrits dans des approches de co-régulation<sup>3</sup> regroupant des entités des secteurs public et privé travaillant pour un même

- 
1. Pour une analyse générale du mécanisme réglementaire appliqué aux environnements électroniques, voir notamment : Pierre Trudel, France Abran, Karim Benyekhlef et Sophie Hein, *Droit du cyberspace*, Montréal, Thémis, 1997 aux pp. 3-13 à 3-32 [Trudel, Abran, Benyekhlef et Hein, «Cyberspace»].
  2. Pour une analyse générale du mécanisme d'autoréglementation appliqué aux environnements électroniques, voir notamment Trudel, Abran, Benyekhlef et Hein, «Cyberspace», *supra* note 1 aux pp. 3-34 à 3-46; Pierre Trudel, «Les effets juridiques de l'autoréglementation» (1989) 19 R.D.U.S. 247.
  3. Pour une illustration de cette approche, il est possible de consulter des organismes tels que le *Forum des droits sur Internet* (France) : Forum des droits sur Internet <<http://www.foruminternet.org>>. L'idée d'une telle approche est apparue nécessaire à la suite du rapport *Internet et les réseaux numériques* rendu par le Conseil d'État en 1998 : «Internet et les réseaux numériques» (1998), en ligne : Le Conseil d'État <[http://www.conseil-etat.fr/ce/rappor/index\\_ra\\_liau01.shtml](http://www.conseil-etat.fr/ce/rappor/index_ra_liau01.shtml)>. Le *Forum des droits sur Internet* fait partie des organismes constituant le *Réseau européen de corégulation de l'Internet* : Réseau européen de corégulation de l'Internet <<http://network.foruminternet.org>>. dont est membre l'*Observatoire des Droits de l'Internet* (Belgique) : Observatoire des Droits de l'Internet <<http://www.internet-observatory.be>>, qui a rendu, en 2004, un avis visant à renforcer la confiance dans le commerce électronique : «Observatoire des Droits de l'Internet, Avis n°3 – Pistes pour renforcer la confiance dans le commerce électronique» (Juin 2004), en ligne : Observatoire des Droits de l'Internet <[http://www.internet-observatory.be/internet\\_observatory/pdf/advice/advice\\_fr\\_003.pdf](http://www.internet-observatory.be/internet_observatory/pdf/advice/advice_fr_003.pdf)>.

objectif : encadrer adéquatement les opérations effectuées sur ce nouveau territoire qu'est Internet<sup>4</sup>.

Cette concurrence, ou plutôt cette coexistence des normes<sup>5</sup> s'explique notamment par la nature transfrontalière et décentralisée d'Internet, par sa technicité, par la fluidité et la fugacité des informations qui y circulent. Elle a pour conséquence que, face à la lenteur et à la complexité des rouages parlementaires<sup>6</sup>, les acteurs de ce médium se dotent de mécanismes visant à encadrer les activités qui s'y déroulent tant dans le secteur public que privé<sup>7</sup>. On assiste à un bouleversement des conceptions classiques. On passe, en effet, d'une conception moniste du droit à une approche plurielle<sup>8</sup> de son entendement.

- 
4. Yves Poulet, «Technologies de l'information et de la communication et «co-régulation» : une nouvelle approche?» (26 mai 2004), en ligne : Droit et Technologies <<http://www.droit-technologie.org>>.
  5. Michel Vivant, «Le futur des relations entre le droit et les technologies de l'information» (2002) 20 Cahiers du Centre de recherches informatique et droit 61.
  6. Vincent Gautrais, Guy Lefebvre et Karim Benyekhlef, «Droit du commerce électronique et normes applicables : l'émergence de la *lex electronica*» (1997) 5 R.D.A.I. 547.
  7. Pour une illustration de ce phénomène voir notamment Thomas Schultz, «eBay : un système juridique en formation?» (2005) 22 Revue du Droit des Technologies de l'Information 27 [Schultz, «eBay»].
  8. Pour un regard théorique de cette approche plurielle du droit, voir notamment Jacques Chevallier, «L'ordre juridique» dans *Le droit en procès*, Paris, P.U.F., 1984 aux pp. 7 à 49; Jean-Guy Belley (dir.), *Le droit soluble : contributions québécoises à l'étude de l'internormativité*, Paris, LGDJ, 1996; Andrée Lajoie, «Synthèse introductive» dans Andrée Lajoie, Jean-Maurice Brisson, Sylvio Normand et Alain Bissonnette, dir., *Le statut juridique des peuples autochtones au Québec et le pluralisme*, Montréal, Yvon Blais, 1996 aux pp. 7 à 19; Jean-Guy Belley, «L'État et la régulation juridique des sociétés globales. Pour une problématique du pluralisme juridique» (1986) XVIII-1 Sociologie et Sociétés 27; John Griffith, «What is legal pluralism» (1986) 24 J. Legal Pluralism 1; Roderick A. MacDonald, «Pour la reconnaissance d'une normativité juridique implicite et "inférentielle"» (1986) 28 (1) Sociologie et sociétés 47; Pierre Lascoumes et Evelyne Serverin, «Le droit comme activité sociale : pour une approche webérienne des activités juridiques» (1988) 9 Droit et société 165; Guy Rocher, «Pour une sociologie des ordres juridiques» (1988) 29 C. de D. 91 [Rocher, «Sociologie»]; Gérard Timsit, «Sur

Cette transformation du droit, soulignée par une analyse «post-moderne» du droit<sup>9</sup> ou encore par l'effet d'un changement de paradigme<sup>10</sup>, conduit à envisager l'encadrement des activités effectuées par le biais des environnements électroniques non plus au regard du seul droit positif mais de l'ensemble des mécanismes développés à cet effet, compte tenu du fait que :

[L]a compréhension du cadre juridique d'une activité ne peut découler uniquement d'une vision linéaire du phénomène juridique. Il faut envisager les autres normes, celles qui ne sont pas considérées comme juridiques par la plupart des juristes, mais qui ont un effet normatif incontestable.<sup>11</sup>

Au fil des ans, cette «nouvelle» approche du droit s'est illustrée par le développement d'une kyrielle d'instruments accompagnant l'implantation du paiement en ligne, des prestations électroniques de service, de l'informatisation du secteur de la santé et des services sociaux, des modes alternatifs de règlement des conflits, du vote électronique, du transfert de renseignements personnels aussi bien à des fins commerciales que de sécurité aux frontières, pour ne citer que ces exemples. Parmi ces instruments, il est généralement fait référence aux codes de conduite, à la certification, aux labels de qualité<sup>12</sup>, aux

---

l'engendrement du droit» (1988) *Revue de Droit Public* 39; Andrée Lajoie, «Contribution à une théorie de l'émergence du droit. I – Le droit, l'État, la société civile, le public, le privé : de quelques définitions interreliées» (1991) 25 *R.J.T.* 103; Jacques Vanderlinden, «Vers une nouvelle conception du pluralisme juridique» (1993) 2 *R.R.J.* 573.

9. Pour une illustration de cette approche, voir notamment : Jacques Chevallier, *L'État post-moderne*, Paris, L.G.D.J., 2003.

10. Pour une illustration de cette approche, voir notamment : François Ost et Michel Van de Kerchove, *De la pyramide au réseau? Pour une théorie dialectique du droit*, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 2002.

11. Trudel, Abran, Benyekhlef et Hein, «Cyberespace», *supra* note 1 à la p. 3-1.

12. Pour une analyse du processus de labélisation et de certification appliqué aux environnements électroniques, voir notamment Cynthia

guides<sup>13</sup> ou modèles de pratique<sup>14</sup>, aux politiques de confidentialité<sup>15</sup>, à la régulation par l'architecture<sup>16</sup>, aux *best*

---

Chassigneux, *Vie privée et commerce électronique*, Montréal, Thémis, 2005 aux pp. 201 et s. [Chassigneux, «Vie privée»].

13. Pour une illustration de cette méthode, voir les différents guides développés par la *Chaire L. R. Wilson sur le droit des technologies de l'information et du commerce électronique*, entre autres dans les domaines suivants : administration électronique, santé, scolaire. En ligne : Chaire Wilson <<http://www.chairelrwilson.ca>.
14. Pour une illustration de cette méthode, voir Québec, Ministère des relations avec les citoyens et l'immigration, Direction du soutien en accès à l'information et en protection des renseignements personnels, *Modèle de pratique de protection des renseignements personnels. Dans le contexte du développement des systèmes d'information par les organismes publics*, Sainte-Foy, Publications du Québec, 2004.
15. Pour une analyse des politiques de confidentialité, voir notamment Chassigneux, «Vie privée», *supra* note 12 aux pp. 178 et s. À ce sujet, il est également possible de consulter le «Générateur de l'OCDE de déclaration de protection de la vie privée», en ligne : OCDE <[http://www.oecd.org/document/42/0,2340,fr\\_2649\\_34255\\_28879786\\_1\\_1\\_1\\_1,00.html](http://www.oecd.org/document/42/0,2340,fr_2649_34255_28879786_1_1_1_1,00.html)> fournissant : «[...] des conseils pour procéder, à l'intérieur de l'organisation, à l'examen des pratiques en matière de protection de la vie privée, et pour élaborer une déclaration de politique de protection de la vie privée».
16. L'idée de régulation par l'architecture est particulièrement présente sous la plume de Joël R. Reidenberg, Graham Greenleaf et Lawrence Lessig, dont les écrits respectifs, par exemple, sont : Joël R. Reidenberg, «Governing Networks and Rule-Making in Cyberspace» (1996) 45 Emory L.J. 911; Joël R. Reidenberg, «Lex Informatica: The Formulation of Information Policy Rules Through Technology» (1998) 76-3 Tex. L. Rev.; Graham Greenleaf, «An Endnote on Regulating Cyberspace: Architecture vs. Law», en ligne : (1998) U.N.S.W.L.J. 52 <<http://www.austlii.edu.au/au/journals/UNSWLJ/1998/52.html>>; Lawrence Lessig, «The Law of the Horse: What Cyberlaw Might Teach» (1999) 113 Harv. L. Rev. 501; Lawrence Lessig, *Code and other laws of cyberspace*, New York, Basic Book, 1999 [Lessig, «Code»]; David G. Post, «Anarchy, State, and the Internet: An Essay on Law-Making in Cyberspace», en ligne : (1995) *Journal of Online Law* 3 <[http://www.cli.org/DPost/X0023\\_ANARCHY.html](http://www.cli.org/DPost/X0023_ANARCHY.html)>. Voir également, Yves Poulet, «La technologie et le droit : du défi à l'alliance» dans *Mélanges Guy Horsmans*, Bruxelles, Bruylant, 2004, 943; Thierry Boidart et Lilianne Esnault, «Les autoroutes de l'information et les ambivalences de la technologies» dans *Mélanges Roger Delay Thermozy*, Paris, Eska, 1995, 65.

*practices* et autres contrats<sup>17</sup>.

Ces mécanismes, en plus de prescrire les droits et obligations de chacun, ont pour objectif d'établir un lien de confiance entre l'administration et le citoyen, entre le commerçant électronique et l'internaute, entre deux entités juridiques. Ce lien, qui doit prévaloir à toute relation peu importe sa nature, est particulièrement indispensable dans un environnement où les parties ne sont pas en présence l'une de l'autre, ne sont pas sur le même territoire<sup>18</sup>.

Ainsi :

[S]i les hommes doivent traiter avec des appareils bureaucratiques devenus autonomes, s'ils doivent gérer des relations avec un Autrui absent, ou éloigné, avec lequel ils ne sont plus en face à face, s'ils doivent se contenter d'informations parcellaires sur leur avenir, ou si ce dernier devient hasardeux, la confiance devient un médium fort utile. *Et l'auteur de continuer par une citation de Giddens<sup>19</sup> selon laquelle<sup>20</sup> : [...] nous n'avons pas besoin «de faire confiance à quelqu'un dont les activités sont visibles en permanence et dont les modes de raisonnements sont transparents, ni de faire confiance à un système dont les rouages sont parfaitement connus et compris».*<sup>21</sup>

- 
17. Pour une analyse générale de la pratique contractuelle appliquée aux environnements électroniques, voir notamment Trudel-Abran-Benyekhlef-Hein, «Cyberespace», *supra* note 1 aux pp. 3-33 à 3-34. Pour une approche didactique de cette problématique à l'intention des cyberconsommateurs français et québécois, voir la *Carte des recours du cyberconsommateur* : «Carte des recours du cyberconsommateur», en ligne : Cyberconsommation <<http://www.cyberconsommation.ca>>.
  18. Voir notamment, OCDE, Groupe de travail sur les indicateurs pour la société de l'information, *Étude exploratoire pour la mesure de la confiance dans l'environnement en ligne*, n° de doc. DSTI/ICCP/IIS(2005)1/FINAL (2005) [OCDE, «Mesure confiance»].
  19. Anthony Giddens, *Les conséquences de la modernité*, Paris, L'Harmattan, 1994 [Giddens, «Modernité»].
  20. *Ibid.* à la p. 140.
  21. Christian Thuderoz, «Introduction au propos : la confiance en question» dans Vincent Mangematin et Christian Thuderoz, dir., *Des mondes de*

Cette notion de confiance qui «a longtemps semblé appartenir à un registre désuet, non moderne»<sup>22</sup> est (re)mise sur le devant de la scène depuis quelques années, dans la littérature sociologique, politique, économique, juridique, cherchant à comprendre le déroulement des activités réalisées dans le cadre des environnements électroniques<sup>23</sup>, sur Internet, par exemple. Pour s'en rendre compte il suffit de se référer aux livres<sup>24</sup>, articles de revue<sup>25</sup>, lois<sup>26</sup>,

---

*confiance. Un concept à l'épreuve de la réalité sociale*, Paris, CNRS Éditions, 2003, 19 à la p. 26 [Thuderoz, «Introduction au propos»].

22. Christian Thuderoz, «Introduction générale : pourquoi interroger la notion de confiance?» dans Christian Thuderoz, Vincent Mangematin et Denis Harrison, dir., *La confiance. Approches économiques et sociologies*, Paris, Gaétan Morin Éditeur Europe, 1999, 1 à la p 1.
23. Denis Harrison, «Confiance identitaire, confiance cognitive et processus d'innovation» dans Christian Thuderoz, Vincent Mangematin et Denis Harrison, dir., *La confiance. Approches économiques et sociologies*, Paris, Gaétan Morin Éditeur Europe, 1999, 209 : l'auteur insiste, en introduction, sur le fait que : «L'engouement actuel pour le thème de la confiance témoigne d'un renouvellement des relations sociales qui questionne son rôle. En effet, les préoccupations des agents portent sur d'autres aspects relationnels que la confiance lorsque celle-ci est considérée comme étant acquise dans les relations sociales institutionnelles. Il suffit de proposer de nouvelles avenues relationnelles pour qu'aussitôt la confiance resurgisse comme un élément *a priori*, sans lequel les agents ne peuvent poursuivre leur échange».
24. Voir, entre autres, Séverine Mas-Foveau et Malika Benachour-Verstepen, *Le commerce électronique en toute confiance. Diagnostic des pratiques et environnement juridique*, Paris, Litec, 2001; Magda Fusaro, *Commerce électronique. Comment créer la confiance*, Montréal, Isabelle Quentin Éditeur, 2002.
25. Voir notamment, Danielle Stanton, «TIC et éthique : rétablir la confiance» (2004) Centre Francophone d'informatisation des organisations – Perspectives 22.
26. Voir notamment, *Loi n°2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique*, J.O., 22 juin 2004, 11168 [Loi pour la confiance dans l'économie numérique]. Cette loi transpose en droit français la Directives CE, *Directive 2000/31/CE du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2000 relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur*, [2003] J.O. L 178 aux pp. 0001 – 0016. Pour une analyse critique de cette loi, voir entre autres, Michel Vivant, «Entre ancien et nouveau, une quête désordonnée de confiance pour l'économie numérique» (2004) 171 Lamy Droit de l'informatique et des réseaux 2-20.

rapports<sup>27</sup>, allocutions<sup>28</sup> empruntant le chemin de la confiance pour décrire les avenues à retenir en matière de commerce électronique<sup>29</sup>, par exemple.

Toutefois, les contributions de nature juridique ne renseignent pas, ou très peu, sur les fondements, les caractéristiques de la notion de confiance, cette notion étant davantage analysée par des philosophes<sup>30</sup>, des

---

Par ailleurs, au sujet de la *Loi pour la confiance dans l'économie numérique*, certains praticiens notent que : «le concept de confiance en réalité, reste un domaine encore peu exploré des juristes. Il serait sans doute judicieux d'en déterminer les contours théoriques. Et sur un plan pratique, d'en préciser les applications», Éric A. Caprioli, «La confiance dans les communications électroniques» (mai 2005), en ligne : Caprioli-avocats.com <[http://www.caprioli-avocats.com/pages/publications/edocs/commerce\\_electronique/edocs\\_ecommerce\\_communicationselectronique.htm](http://www.caprioli-avocats.com/pages/publications/edocs/commerce_electronique/edocs_ecommerce_communicationselectronique.htm)>.

27. Voir notamment, France, Exécutive, Ministère de l'économie et de l'industrie, *L'e-commerce et la confiance. Sceaux - Certification des sites de commerce électronique - Codes de conduite et Règlement alternatif des litiges*, Rapport du Groupe de Travail n° 4.2 (15 novembre 2001).
28. Yves Pouillet et Mireille Antoine, «Vers la confiance ou comment assurer le développement du commerce électronique», allocution présentée lors du *Colloque international «L'Internet et le Droit – Droit européen et comparé de l'Internet»*, Paris, 25 et 26 septembre 2000; Jennifer Stoddart, «Promouvoir le programme d'instauration de la confiance : protection de la vie privée et sécurité – Du commerce électronique à la cyber-économie : stratégie pour le XIX<sup>e</sup> siècle», allocution de la Commissaire à la vie privée du Canada, Ottawa, 28 septembre 2004.
29. Dans le cadre de cet article, seule la relation s'établissant entre un commerçant et un consommateur sera envisagée. Ne seront donc pas prises en considération les questions inhérentes à l'établissement de la confiance dans le cadre d'une relation entre professionnels ou entre consommateurs.
30. Des auteurs, comme Robert Damien, nuancent cette idée compte tenu du fait que : «La recherche philosophique ne peut en effet, en première approche que témoigner face à la notion de confiance d'un double sentiment : d'une part le sentiment d'être démuné et d'autre part le sentiment d'être submergé. Démuni tout d'abord : la confiance si elle appartient bien au langage courant, n'est pas un concept central dans la pensée philosophique moderne. [...] Mais ce silence est moins une absence qu'une disparition ou un effacement, elle est moins une ignorance conceptuelle qu'un retrait d'investissement. D'où notre deuxième

sociologues<sup>31</sup>, des économistes<sup>32</sup>. De plus, cet exercice n'est pas chose facile car il existe autant de définitions qu'il y a d'auteurs qui se sont intéressés à cette notion polysémique qui évolue avec le temps<sup>33</sup> et qui diffère d'un espace géographique à un autre. Les valeurs et les représentations étant multiples cela a une influence sur la dimension de la confiance<sup>34</sup>.

Cette situation permet, possiblement, d'expliquer pourquoi les auteurs, ou le législateur, au lieu de préciser ce qu'ils entendent par cette notion insistent plutôt sur les mécanismes qui permettent de renforcer la sécurité des diverses opérations – administratives, commerciales ou personnelles – effectuées dans un environnement dématérialisé. Sont alors abordées les

---

sentiment, celui d'être dès lors submergé car la notion de confiance se découvre rétrospectivement et au contraire comme un concept central jouant un rôle majeur voire générateur dans deux systèmes de pensée constitutifs de la civilisation occidentale [soit la pensée antique et la pensée chrétienne]. Robert Damien, «La confiance et ses crises philosophiques» dans Romain Laufer et Magali Orillard, dir., *La confiance en question*, Paris/Montréal, L'Harmattan, 2000, 19 aux pp. 19 et 20 [Damien, «Crises philosophiques»].

31. Voir notamment, Giddens, «Modernité», *supra* note 19; Nikhlas Luhmann, *La confiance. Un mécanisme de réduction de la complexité sociale*, Paris, Economica, 2006 (pour la traduction française) [Luhmann, «Confiance»].
32. Pour une analyse économique de la confiance, voir notamment, Pierre-Hugues Vallée et Ejan Mackaay, «La confiance. Sa nature et son rôle dans le commerce électronique», en ligne : (2006) 11 (Automne/Fall 2006) *Lex Electronica* 2 <[http://www.lex-electronica.org/articles/v11-2/vallee\\_mackaay.htm](http://www.lex-electronica.org/articles/v11-2/vallee_mackaay.htm)> [Vallée et Mackaay, «Confiance»].
33. Pour une illustration de l'évolution de la notion à travers les âges, voir notamment : Damien, «Crises philosophiques», *supra* note 30 aux pp. 19 à 36.
34. Voir notamment, Alain Peyrefitte, *La société de confiance. Essai sur les origines et la nature du développement*, Paris, Éditions Odile Jacob, 1995 aux pp. 355 et s. [Peyrefitte, «Développement»]; Francis Fukuyama, *La confiance et la puissance. Vertus sociales et prospérité économique*, Paris, Plon, 1997 [Fukuyama, «Confiance et puissance»]; Sirkka L. Jarvenpaa et Noam Tractinsky, «Consumer Trust in an Internet Store: A Cross-Cultural Validation», en ligne : (1999) *Journal of Computer-Mediated Communication* 5(2) <<http://jcmc.indiana.edu/vol5/issue2/jarvenpaa.html>>.



problématiques relatives, notamment, au droit de la preuve, à la signature électronique, au rôle des autorités de certification ou «tiers de confiance», à la sécurité<sup>35</sup>, à la responsabilité<sup>36</sup>, à la protection des renseignements personnels.

Sans remettre en cause cette orientation de la doctrine juridique, souvent tournée du côté du destinataire de la confiance, c'est-à-dire la puissance publique ou le commerçant, il n'en demeure pas moins que se pose toujours la question de la confiance. Ainsi, le citoyen/consommateur, soit l'émetteur de cette confiance peut se demander : d'où vient-elle? Que signifie-t-elle? Comment s'exprime-t-elle? Comment la qualifier? Comment la reconnaître? Pourquoi l'accorder?

Il serait possible de multiplier à l'infini les interrogations à son égard tant il s'agit d'une notion offrant différentes facettes. Notre propos dans cet article n'est pas de répondre à l'ensemble de ces questions. Notre propos est plutôt exploratoire et consistera à dresser un portrait général de la notion nous aidant à démontrer que la confiance est un instrument de régulation des environnements électroniques, d'Internet, à l'instar d'auteurs – économistes pour la plupart – qui se sont intéressés à cette notion

---

35. Pour une analyse de la confiance au regard du thème de la sécurité, voir notamment : OCDE, «Mesure confiance», *supra* note 18. Voir également, Francis Mer, «Texte n° 528 relatif au Projet de loi pour la confiance dans l'économie numérique» (15 janvier 2003), en ligne : Assemblée nationale <<http://www.assemblee-nationale.fr/12/projets/pl0528.asp>>. Il est possible d'y lire, à propos du titre III relatif à la sécurité, que : «Le commerce électronique permet de mettre en relation directe, dans des conditions totalement nouvelles, le vendeur et le consommateur final. Cependant son développement suppose la confiance des utilisateurs. Un des moyens d'augmenter cette confiance est l'utilisation de moyens de cryptographie qui permettent d'assurer des fonctions de signature électronique sécurisée, d'intégrité et de confidentialité des échanges».

36. Pour une appréciation des mécanismes de responsabilité, voir notamment les actes d'un colloque faisant suite à l'arrêt *Swissair* rendu le 15 novembre 1994 par le Tribunal fédéral suisse créant le principe de responsabilité fondé sur la confiance : Christine Chappuis et Bénédicte Winiger, *La responsabilité fondée sur la confiance. Vertrauenshaftung*, Zurich, Schulthess Juristische Medien SA, 2001.

en tant que «mécanisme particulier de régulation des différentes transactions qu'entretient l'entreprise avec ses différents partenaires»<sup>37</sup>. Pour ce faire, d'une part, les fondements définitionnels et les catégorisations possibles de la confiance seront examinés et, d'autre part, les facteurs favorisant la rencontre des droits et obligations des émetteurs et des destinataires de la confiance seront considérés.

### **La confiance, une notion aux multiples fondements définitionnels**

Aujourd'hui, tout comme hier et certainement demain, la confiance est une notion qui fascine tant elle est modulable. Elle s'applique aux différentes disciplines des sciences humaines et sociales. Elle intéresse l'ensemble des activités de la vie politique, économique et sociale. La confiance est, en ce sens, une notion caméléon. Définir la notion de confiance n'est donc pas une chose facile. Il s'agit, entre autres, comme le souligne Servet d'«une sorte de mot couvert ou de mot couvercle»<sup>38</sup>, comme le note Arrow d'une «institution invisible»<sup>39</sup>, comme l'écrivent Pallas et Richard d'«un concept flou, difficilement appréhendable et mesurable»<sup>40</sup>. Par conséquent, la confiance est généralement présentée au regard de ses fondements, de ses effets.

- 
- 37. Voir notamment, Gérard Charreaux, «Le rôle de la confiance dans le système de gouvernance des entreprises» dans Francis Aubert et Jean-Pierre Sylvestre, dir., *Confiance et rationalité*, Paris, INRA Editions, 2001, 81 [Charreaux, «Gouvernance entreprise»].
  - 38. Jean-Michel Servet, «Le chapeau» dans Philippe Bernoux et Jean-Michel Servet, dir., *La construction sociale de la confiance*, Paris, Montchrétien, 1997, 17 à la p. 17 [Servet, «Le chapeau»].
  - 39. Kenneth J. Arrow, *The Limits of Organization*, New York / Londres, Norton, 1974 à la p. 26.
  - 40. Valérie Pallas et Chrystelle Richard, «La confiance, créatrice de valeur?» dans Jean-Pierre Bréchet, dir., *Valeur, marché et organisation*, XIV<sup>e</sup> Journées nationales des I.A.E., Nantes, Presses académiques de l'Ouest, 1998.

C'est pourquoi au lieu de se plier à un exercice définitionnel, certains auteurs ont préféré regrouper l'ensemble des facettes de cette notion en considérant que :

La confiance est un concept pluridimensionnel (un «hyper-concept», a-t-il été dit) et, de ce fait, déconcertant : il caractérise, simultanément, une relation et l'espoir fondé sur cette relation; un état donné de cette relation et une action (ou un mouvement); une attitude et un comportement; une propriété (ou une faculté) et une croyance; une norme sociale et un calcul; le produit d'une interaction et un arrangement institutionnel; un rapport et une ressource; une institution et une interaction; un engagement et une routine, etc. Catégorie plurielle, donc, et qui déroute l'analyse sociale : il s'agit en effet, à la fois : - d'un état social préexistant, préalable à l'engagement d'une relation durable [...]; - mais aussi d'une situation construite au cours de l'action [...]; - ou d'un objectif recherché pour son potentiel de sécurité ontologique [...]; - ou, encore, d'une forme relationnelle, opposable aux autres.<sup>41</sup>

De plus, l'exercice définitionnel n'est pas aisé car il n'existe pas une mais plusieurs approches de la confiance qui, au demeurant, est un terme unique en français contrairement à l'anglais qui en possède deux : *trust* et *confidence*. Cette distinction est souvent mise de l'avant par les auteurs qui s'intéressent à la notion<sup>42</sup>. Ainsi, on peut lire que :

[I]l est important de souligner que là où le français ne dispose que d'un terme, l'anglais en possède deux : *trust* et *confidence*. La séparation n'est pas toujours simple à établir entre l'apport linguistique germanique et l'apport latin. Toutefois, *trust* paraît beaucoup plus fort que *confidence* car il inclut l'idée de *faith*, de foi, de croyance, alors que *confidence* [...] traduit une évaluation beaucoup plus

---

41. Thuderoz, «Introduction au propos», *supra* note 21 aux pp. 23 et 24.

42. Voir notamment, Nikhlas Luhmann, «Familiarity, Confidence, Trust: Problems and Alternatives» dans Diego Gambetta, dir., *Trust. Making and Breaking Cooperative Relations*, Oxford, Basil Blackwell, 1988, 95 à la p. 97.

objective des capacités à remplir une obligation et à établir une relation.<sup>43</sup>

Ou encore quant au fait de savoir ce que renferment les expressions «faire confiance» et «avoir confiance»<sup>44</sup>, on peut lire que :

[L'anglais permet de séparer les deux idées, si on le souhaite, grâce à l'existence de deux mots au lieu d'un seul en français. Ainsi, pourra-t-on réserver le mot «trust» pour l'idée exprimée dans «faire confiance», se référant à une décision, et le mot «confidence» pour celle correspondant à «avoir confiance», se référant à un état cognitif, par exemple une probabilité; le mot «trustworthy» signifiant, avec une connotation plus neutre que cette expression française, «digne de confiance»].<sup>45</sup>

Nonobstant cette précision, l'expression «confiance» vient du mot latin *confidentia* exprimant l'espoir, l'assurance, ou encore l'audace<sup>46</sup>. Partant de là, le *Petit Larousse*<sup>47</sup> nous enseigne que la confiance est le «sentiment de sécurité d'une personne qui se fie à quelqu'un, à quelque chose». Seule ici sera retenue l'idée de confiance s'établissant entre deux personnes, entre deux entités juridiques : l'émetteur et le destinataire de la confiance.

---

43. Servet, «Le chapeau», *supra* note 38 à la p. 26.

44. Au sujet de ces deux éléments de la confiance, il est possible de voir notamment : Raymond Boudon, Philippe Besnard et Mohamed Cherkaoui, dir., *Dictionnaire de sociologie*, Paris, Larousse, 2003 [Boudon, Besnard et Cherkaoui, «Dictionnaire de sociologie»].

45. Pierre Salmon, «Accumulation et destruction de la confiance : un schéma d'inspiration poppérienne» dans Francis Aubert et Jean-Pierre Sylvestre, dir., *Confiance et rationalité*, Paris, INRA Editions, 2001, 31 à la p. 33. Dans le même ouvrage, il est également possible de consulter à ce sujet : Francis Aubert et Jean-Pierre Sylvestre, «Introduction» dans Francis Aubert et Jean-Pierre Sylvestre, dir., *Confiance et rationalité*, Paris, INRA Editions, 2001, 7 à la p. 7 [Aubert et Sylvestre, «Introduction»].

46. Servet, «Le chapeau», *supra* note 38 à la p. 25.

47. *Le Petit Larousse Illustré*, 2004.

Ce sentiment de sécurité invite l'émetteur de la confiance à s'inscrire dans un état de dépendance<sup>48</sup>. En effet, comme le précise le *Dictionnaire d'éthique et de philosophie morale*<sup>49</sup>, «faire confiance à une personne, c'est se placer dans un état de dépendance, ou prolonger un état de dépendance, à l'égard de la compétence et de la bonne volonté de cette personne; c'est accepter d'être vulnérable et admettre que le dépositaire de sa confiance exerce un pouvoir sur soi, ou sur quelque chose d'important pour soi»<sup>50</sup>. Et, il y est indiqué qu'en dehors de toute référence théologique, cette notion «reste étroitement liée, à certaines distinctions près, au fait de croire en la parole d'autrui et d'espérer que les pouvoirs supérieurs ne seront pas exercés à notre détriment»<sup>51</sup>. La confiance présuppose donc une forme d'abandon, de vulnérabilité<sup>52</sup>.

Toutefois, pour éviter toute forme d'abus, l'émetteur de la confiance doit demeurer vigilant. La confiance ne doit pas être aveugle<sup>53</sup>. Elle ne doit pas s'apparenter à un blanc-seing accordé à son destinataire<sup>54</sup>. Elle nécessite donc une part d'objectivité<sup>55</sup>.

---

48. Cet état de dépendance peut exister non seulement dans des relations de droit privé, mais aussi dans celles de droit public, soit entre les citoyens et l'État. À ce sujet, voir notamment, Sylvia Calmes, *Du principe de protection de la confiance légitime en droits allemand, communautaire et français*, Paris, Dalloz, 2001 [Calmes, «Protection»].

49. Monique Canto-Sperber, dir., *Dictionnaire d'éthique et de philosophie morale*, Paris, PUF, 2004 [Canto-Sperber, «Dictionnaire éthique»].

50. *Ibid.* s.v. «Confiance».

51. *Ibid.*

52. Sur cette idée de vulnérabilité, la définition de Mayer, Davis et Schoorman citée dans Charreaux, «Gouvernance entreprise», *supra* note 37 à la p. 82.

53. Voir notamment, Bart Nooteboom, «Apprendre à faire confiance» dans Albert Ogien et Louis Quéré, dir., *Les moments de la confiance. Connaissance, affects et engagements*, Paris, Economica, 2006, 63 à la p. 68.

54. Aubert-Sylvestre, «Introduction», *supra* note 45 à la p. 8.

55. Alain Chirez, *De la confiance en droit contractuel*, thèse de doctorat, Université de Nice, 1977 [non publiée] [Chirez, «Droit contractuel»]. Selon l'auteur : «Il serait vain de prétendre faire de la confiance le produit systématique et prévisible de certaines données. La confiance ne se commande ni ne se requiert; elle s'éprouve et se donne. Pourtant ce

Ainsi, en adoptant une attitude objective, la personne qui donne sa confiance conserve un sens critique qui lui permettra de retirer celle-ci à tout moment. La confiance n'est donc pas une chose acquise<sup>56</sup>. Elle peut se transformer en méfiance ou en défiance<sup>57</sup>.

Partant de là, certains auteurs ont décrit la confiance comme étant «la condition d'un équilibre, elle fait l'alliance, un équilibre dans une stabilité que l'on veut faire durer. La confiance témoigne aussi du statut d'aliénation du sujet, elle engage le devenir, or il n'y a pas de devenir sans altérité, [...]. La confiance est donc le signe de l'aliénation, dans l'intersubjectivité et dans l'avenir, le devenir»<sup>58</sup>.

En disant que la confiance est le fruit d'un équilibre, d'interactions, on entend par là que la confiance peut provenir de relations durables<sup>59</sup>, de la réputation<sup>60</sup>, des émotions, des sentiments<sup>61</sup>, comme le prétendent notamment

---

sentiment n'est pas arbitraire. La confiance se paie et ceci, déjà, constitue un signe, car on n'achète pas le caprice. Ainsi, [...] la garantie due par le vendeur, qui entre pour une bonne part dans la fiabilité du produit vendu, se reporte sur le prix de vente. La confiance a un aspect comptable; donc elle se mesure et se pèse. [...] Notion purement subjective, la confiance repose sur des faits objectifs.», aux pp. 143 et 144

56. Peyrefitte, «Développement», *supra* note 34 à la p. 402.

57. Jean-Michel Servet, «Paroles données : le lien de confiance» (1994) 4 *Revue du Mouvement anti-utilitariste en sciences sociales* 37 aux pp. 48 et s.

58. Jean-Marie Thiveaud, «Avant-propos. Des formes complexes de la confiance : confiance, alliance, pacte, serment, etc.» dans Philippe Bernoux et Jean-Michel Servet, dir., *La construction sociale de la confiance*, Paris, Montchrétien, 1997, 5 à la p. 7 [Thiveaud, «Formes complexes»].

59. Au sujet des relations durables et, donc de leur stabilité voir notamment, Thiveaud, «Formes complexes», *supra* note 58; Chirez, «Droit contractuel», *supra* note 55 aux pp. 225 à 248.

60. Voir notamment, Russell Hardin, «Communautés et réseaux de confiance» dans Albert Ogien et Louis Quéré, dir., *Les moments de la confiance. Connaissance, affects et engagements*, Paris, Economica, 2006, 89 à la p. 101.

61. Chirez, «Droit contractuel», *supra* note 55 aux pp. 249 à 264.

Kreps<sup>62</sup>, Orléan<sup>63</sup>. Elle peut également s'inscrire dans le cadre de réseaux sociaux, comme l'expliquent, entre autres, Gambetta<sup>64</sup>, Fukuyama<sup>65</sup>, Castells<sup>66</sup>, ou encore de relations contractuelles, comme le laisse entendre Chirez<sup>67</sup>, par exemple. Dès lors, ces interactions ne sont pas forcément basées sur un calcul<sup>68</sup> comme le laissent entendre certains auteurs, Coleman<sup>69</sup>, Williamson<sup>70</sup>, qui considèrent que l'emploi de cette notion est galvaudée dès lors que

- 
62. David M. Kreps, «Corporate Culture and Economic Theory» dans James E. Alt et Kenneth A. Shepsle, dir., *Perspectives on positive political economy*, Cambridge, Cambridge University Press, 1990, 90 [Kreps, «Corporate»]. Pour une illustration de la théorie de Kreps, à savoir la «confiance-réputation», voir notamment Lucien Karpik, «Préface. Les fondements symboliques de la confiance» dans Vincent Mangematin et Christian Thuderoz, dir., *Des mondes de confiance. Un concept à l'épreuve de la réalité sociale*, Paris, CBRS Editions, 2003, 7 à la p. 8 [Karpik, «Fondements symboliques»].
63. André Orléan, «Sur le rôle respectif de la confiance et de l'intérêt dans la constitution de l'ordre marchand» (1994) 4 *Revue du Mouvement anti-utilitariste en sciences sociales* 17.
64. Diego Gambetta, *Trust. Making and Breaking Cooperative Relations*, Oxford, Basil Blackwell, 1988. Voir également, Bénédicte Reynaud, «Les conditions de la confiance. Réflexions à partir du rapport salarial» dans Francis Aubert et Jean-Pierre Sylvestre, dir., *Confiance et rationalité*, Paris, INRA Editions, 2001, 45.
65. Fukuyama, «Confiance et puissance», *supra* note 34.
66. Manuel Castells, *La galaxie Internet*, Paris, Fayard, 2001 [Castells, «Galaxie Internet»].
67. Chirez, «Droit contractuel», *supra* note 55. Voir également, Karim Medjad, «Confiance et relations contractuelles : frontière sémantique et frontière géographique» dans Romain Laufer et Magali Orillard, dir., *La confiance en question*, Paris/Montréal, L'Harmattan, 2000, 117.
68. Parmi les auteurs en opposition avec cette position, voir notamment : Hélène Vérin, «Jalons pour une histoire de la confiance» dans Romain Laufer et Magali Orillard, dir., *La confiance en question*, Paris/Montréal, L'Harmattan, 2000, 37.
69. James S. Coleman, «Retations of Trust» dans James S. Coleman, dir., *Foundations of Social Theory*, Cambridge, Harvard University Press, 1990, 91. Pour une illustration de la théorie de Coleman, à savoir la «confiance-calcul», voir notamment Karpik, «Fondements symboliques», *supra* note 62 à la p. 8; Boudon- Besnard-Cherkaoui, «Dictionnaire de sociologie», *supra* note 44.
70. Oliver E. Williamson, «Calculativeness, Trust, and Economic Organization» (1993) 36 *J.L. & Econ.* 453.

l'action d'entrer dans une relation n'est que le résultat d'un calcul entre gains escomptés et risques encourus<sup>71</sup>.

De ces trois positions découlent des définitions, des acceptions différentes de la notion de confiance. Sans rejeter totalement la «rationalité calculatoire» dans certaines situations<sup>72</sup>, nous sommes plus enclins à retenir les deux autres conceptions de la confiance et, plus particulièrement l'idée de communauté eu égard à notre problématique : savoir si la confiance peut être considérée comme un instrument de régulation des environnements électroniques.

La notion de communauté est souvent invoquée pour expliquer l'émergence d'une «nouvelle» forme de normativité encadrant les activités se déroulant sur Internet<sup>73</sup> : code de conduite, politique de confidentialité, label de qualité, régulation par la technique. Ces règles qualifiées de spontanées, de «tricotées serrées»<sup>74</sup>, d'informelles, sont présentées, selon les cas, comme complétant ou supplantant les règles étatiques<sup>75</sup>.

---

71. Albert Ogien et Louis Guéré, *Les moments de la confiance. Connaissance, affects et engagements*, Paris, Economica, 2006 à la p. 1.

72. Pour une définition des notions «raison» et «rationalité», voir notamment Raymond Boudon et François Bourrigaud, dir., *Dictionnaire critique de la sociologie*, Paris, P.U.F., 2004 s.v. «raison» et «rationalité»; *Encyclopédie de la philosophie*, Paris, La Pochothèque, 2002 s.v. «raison» et «rationalité».

73. Pour une illustration de ce phénomène, voir notamment, Castells, «Galaxie Internet», *supra* note 66; Schultz, «eBay», *supra* note 7.

74. Trudel, Abran, Benyekhlé et Hein, «Droit du cyberspace», *supra* note 1 aux pp. 3-1 et s. Cette idée de communauté «tricotée serrée» s'apparente à la définition que donne l'*Encyclopédie de la philosophie* de la communauté en indiquant qu'il s'agit d'un «ensemble de sujets liés par un ou par plusieurs facteurs de différentes natures (ethnique, territoriale, linguistique, religieuse, économique, politique, etc.) qui les amènent à avoir plus de relations entre eux qu'avec les membres d'autres communautés».

75. Pour une illustration à l'égard de la protection des renseignements personnels dans le cadre du commerce électronique, voir notamment, Chassigneux, «Vie privée», *supra* note 12 aux pp. 175 et s.



Cette situation s'explique par le fait, comme le souligne Fukuyama, que la communauté n'est :

[...] pas formée sur la base de règles et de règlements explicites, mais née d'un ensemble d'habitudes éthiques et d'obligations morales réciproques intériorisées par chaque membre de la communauté. Ce sont elles qui ont donné aux divers membres des raisons de se faire confiance. La décision de soutenir la communauté n'obéit donc pas à un intérêt économique étroit.<sup>76</sup>

Ou encore, comme l'explique Castells, au regard de la notion de réseaux que ceux-ci constituent :

[...] un ensemble de nœuds interconnectés. Ce type d'organisation humaine qui remonte à la nuit des temps entame une nouvelle vie à notre époque avec les réseaux de l'information, dont la force motrice est Internet. Les réseaux sont des modes d'organisation aux avantages extraordinaires, parce qu'ils sont naturellement flexibles et adaptables, qualités essentielles pour survivre et prospérer dans un environnement qui change vite. *Et, l'auteur de continuer en disant qu'Internet permet aux réseaux [...]* de démontrer ainsi leur aptitude naturelle à l'évolution tout en autorisant la coordination et la gestion de la complexité. D'où une association sans précédent de souplesse et d'efficacité, de prise de décision coordonnée et d'exécution décentralisée, d'expression personnelle et de communication horizontale planétaire, qui offre une forme d'organisation supérieure à l'activité humaine.<sup>77</sup>

Par conséquent, «la confiance est l'attente qui naît, au sein d'une communauté, d'un comportement régulier, honnête et coopératif, fondé sur des normes communément partagées, de la

---

76. Fukuyama, «Confiance et puissance», *supra* note 34 à la p. 20.

77. Castells, «Galaxie Internet» *supra* note 66 aux pp. 9 et s.

part des autres membres de cette communauté<sup>78</sup>, étant entendu que ces normes ne sont pas forcément celles issues de l'État<sup>79</sup>.

Cette absence de référence à la puissance publique est souvent mise de l'avant pour illustrer le fait que ces règles ne constituent pas un ordre juridique car il n'existe pas de mécanismes de contrôle permettant, par exemple, de sanctionner adéquatement un manquement à la norme. Or, cette sanction doit-elle nécessairement être prononcée par l'autorité judiciaire? Ne peut-elle pas provenir d'autres entités<sup>80</sup> étant entendu que «chaque moyen de protection : juridique, autorégulation des firmes, surveillance de leurs politiques, usage des techniques de protection, a ses propres règles d'efficacité»<sup>81</sup>? Cette sanction ne peut-elle pas être induite de la notion de confiance?

---

78. Fukuyama, «Confiance et puissance», *supra* note 34 à la p. 36.

79. Edward Lorenz, «Que savons-nous à propos de la confiance? Un tour d'horizon des contributions récentes» dans Vincent Mangematin et Christian Thuderoz, dir., *Des mondes de confiance. Un concept à l'épreuve de la réalité sociale*, Paris, CBRS Editions, 2003, 109 à la p. 112 (la confiance basée sur les normes) [Lorenz, «Confiance»]; Claude Giraud, «Les relations de confiance et la forme orale dans les échanges» dans Vincent Mangematin et Christian Thuderoz, dir., *Des mondes de confiance. Un concept à l'épreuve de la réalité sociale*, Paris, CBRS Éditions, 2003, 99.

80. Pour appuyer cette position, voir notamment : Lessig, «Code», *supra* note 16; Schultz, «eBay», *supra* note 7 à la p. 40. Pour une analyse de l'effectivité des codes de déontologie dans le monde des affaires, voir notamment : Geneviève Even-Granboulan, *Éthique et économie*, Paris - Montréal, L'Harmattan, 1998 aux pp. 249 et s. (La morale et le droit des affaires : pourquoi des codes de déontologie?); Yves Poulet, «Vers la confiance. Vues de Bruxelles : un droit européen de l'Internet? Quelques considérations sur la spécificité de l'approche réglementaire européenne du cyberspace», allocution présentée lors du Colloque international *Droit de l'Internet. Approches européennes et internationales*, Paris, 19-20 novembre 2001 <[http://droit-internet-2001.univ-paris1.fr/pdf/vf/Poulet\\_Y.pdf](http://droit-internet-2001.univ-paris1.fr/pdf/vf/Poulet_Y.pdf)> [Poulet, «Bruxelles»].

81. Louise Cadoux et Pierre Tabatoni, «Les défis d'Internet à la protection de la vie privée : institutions, marchés et techniques en Europe et aux États-Unis» dans Pierre Tabatoni, dir., *La protection de la vie privée dans la société de l'information*, Paris, PUF, 2000, 15 à la p. 20.

À cet effet, il est possible de convenir qu'au même titre qu'elle se gagne, se donne, la confiance peut se perdre et être retirée. Cette remise en cause, ce déclin, voire ce retrait total de la confiance peut se produire lorsque le destinataire de la confiance ne respecte pas ses promesses<sup>82</sup>, ses engagements.

Dès lors, dans une relation contractuelle, il est possible de dire que «le contrat est un instrument de contrainte psychologique avant d'être un moyen de contrainte juridique»<sup>83</sup>. Ainsi, par exemple, quand une entreprise en ligne ne transmet pas toute l'information sur ses intentions en ce qui concerne la gestion des renseignements personnels ou les modifie en cours de contrat, on assiste à une perte de confiance de la part des internautes<sup>84</sup>. Cette attitude peut également conduire à des marques de défiance de la part des partenaires économiques et sociaux. On assiste alors à un déficit du «capital social»<sup>85</sup> ou encore de la réputation, ce qui s'apparente à une forme de sanction de la part des acteurs de la communauté.

---

82. Sur la corrélation entre promesse et responsabilité, voir notamment, Mohamed Nachi, *Éthique de la promesse. L'agir responsable*, Paris, P.U.F., 2003.

83. Chirez, «Droit contractuel», *supra* note 55 à la p. 82.

84. Pierre Tabatoni, «Stratégies sur les marchés d'information» dans Pierre Tabatoni, dir., *La protection de la vie privée dans la société de l'information. L'impact des systèmes électroniques d'information*, Cahiers des sciences morales et politiques, tome 1, Paris, P.U.F., 2000, 47. Dans ce chapitre, l'auteur expose p. 51 qu'«une bonne stratégie commerciale repose sur l'établissement de relations confiantes et durables avec les clients, qui, seules, permettent de rechercher en commun de meilleures solutions. Elle exige une politique dynamique et cohérente de communication. Trop souvent une promotion commerciale agressive met l'accent sur des procédures de surveillance (contrôle) des clients, avec un harcèlement qui accroît leur méfiance.».

85. L'idée de capital social a été mise de l'avant par Coleman. Voir à ce sujet, James S. Coleman, «Social Capital in the Creation of Human Capital» (1988) 94 *American Journal of Sociology Supplement* S95

Or, la réputation, comme l'ont démontré Kreps et Orléan, est un facteur important de la confiance<sup>86</sup>. Il s'agit d'un sentiment commun que des individus éprouvent à l'égard d'une personne physique ou morale. Ce sentiment est basé sur la mémoire, étant entendu que la réputation s'établit au regard des expériences passées<sup>87</sup>. Ces dernières tiennent compte non seulement des expériences personnelles de l'émetteur de la confiance, mais aussi du phénomène de bouche à oreille. La mémoire est donc aussi bien individuelle que collective<sup>88</sup>. Partant de là, les internautes décident d'accorder, ou non, leur confiance à telle ou telle entreprise en ligne. La notion de réputation induit donc celle de loyauté de la part du commerçant électronique. Elle engendre également une forme de stabilité<sup>89</sup>, de fidélité<sup>90</sup> car, tout comme

---

86. La réputation constitue, avec la solvabilité, l'un des facteurs techniques de la confiance. Ainsi, «le pouvoir attractif de la réputation est une donnée importante du commerce et plus généralement des rapports des professionnels avec leur clientèle. Phénomène d'opinion publique, la réputation est d'abord l'oeuvre des profanes, ceux-là même qui propagent les rumeurs. La renommée du professionnel engendre chez le client une confiance d'autant plus forte qu'elle situe en quelque sorte la compétence à la hauteur de l'évidence. C'est à tout le moins un préjugé favorable que suscite la renommée du professionnel. Point n'est besoin de longues délibérations lors du choix du cocontractant ou de la marque du produit vendu, la confiance du créancier s'appuyant sur l'opinion des tiers», Chirez, «Droit contractuel», *supra* note 55 aux pp. 171 et 172.

87. Kreps, «Corporate», *supra* note 62 à la p. 107; Partha Dasgupta, «Trust as a commodity» dans Diego Gambetta, dir., *Trust. Making and Breaking Cooperative Relations*, Oxford, Basil Blackwell, 1988, 49.

88. «Il existe un troisième élément fondamental de la construction de la confiance : la mémoire, cette mémoire étant «individuelle» et collective. La confiance [...] est appuyée sur une connaissance, mais une connaissance qui n'est jamais totale, car la confiance serait alors inutile. Il existe donc un processus d'apprentissage de formation de cette mémoire «individuelle»; au niveau d'un groupe on peut citer l'exemple des antécédents communs qui vont donner les réseaux d'anciens élèves des grandes écoles, qui fournissent collectivement un réseau de confiance», Servet, «Le chapeau», *supra* note 38 à la p. 35.

89. Pour une illustration particulière de la notion de stabilité eu égard à la sécurité juridique, voir notamment, Calmes, «Protection», *supra* note 48.

90. Pour une application particulière de la notion, voir notamment, Patrick Simon, «Pour une meilleure compréhension de la fidélité à la marque : intégration des notions de confiance, de force de l'attitude et de force de

Rome, la réputation ne se bâtit pas en un jour. Elle se construit avec le temps<sup>91</sup>. Ainsi :

La confiance que les clients portent au producteur-vendeur est le produit de la réputation que ce dernier a acquis, avec le temps, par le maintien de pratiques loyales.<sup>92</sup>

Cette appartenance à une communauté, cette réputation agissant aussi bien à titre de catalyseur que de coupeur en cas de manquement, cette sécurité induite par la confiance, sont autant d'éléments qui, sans se référer nécessairement à un calcul<sup>93</sup>, permettent de définir cette notion qu'il est possible d'appréhender en terme de catégories.

### **La confiance, une notion aux multiples catégories**

À l'image des éléments définitionnels, les tentatives de catégorisation de la notion sont nombreuses. Sans chercher à les analyser de façon exhaustive, notre propos est plutôt de présenter certaines relations s'établissant entre l'émetteur et le destinataire de la confiance. Cet exercice nous permettra de mieux comprendre la place accordée à la confiance dans un environnement où les acteurs ne sont pas en présence.

Encore plus que dans les relations contractuelles classiques, celles se faisant à distance ou entre absents nécessitent un important climat de confiance pour qu'il puisse y

---

la marque. Une application aux produits de consommation courante», thèse de doctorat en sciences de gestion, Université Panthéon - Sorbonne (Paris I), 2002.

91. Pascale Trompette, «De la prudence ... à la confiance», dans Vincent Mangematin et Christian Thuderoz, dir., *Des mondes de confiance. Un concept à l'épreuve de la réalité sociale*, Paris, CBRS Editions, 2003, 99.

92. Karpik, «Fondements symboliques» *supra* note 62 à la page 8.

93. Pour une analyse selon laquelle «la pensée rationnelle implique en elle-même une confiance primitive», voir : Jean-Claude Gens, «L'impératif oublié de la raison éclairée : rendre plus fort le discours de l'autre, c'est-à-dire aussi celui de la tradition» dans Francis Aubert et Jean-Pierre Sylvestre, dir., *Confiance et rationalité*, Paris, INRA Editions, 2001, 17.

avoir un échange, une extériorisation de la volonté des parties. La confiance doit donc être inspirée et donnée. Dès lors, le destinataire et l'émetteur de cette marque de confiance se trouvent dans une situation soit *horizontale*, soit *verticale*<sup>94</sup>. Dans le premier cas, les deux protagonistes sont sur un pied d'égalité, ce sont des pairs. Dans le second cas, le destinataire est généralement dans une position de force par rapport à l'émetteur. Un sentiment de hiérarchie s'instaure entre les deux protagonistes. Dans le cadre des relations naissant sur Internet, il est alors possible de considérer que la confiance est de nature verticale. Ainsi, en donnant sa confiance, l'internaute se place sous l'autorité du commerçant électronique, il adhère aux conditions générales de vente, il accepte la politique de confidentialité sans pouvoir les discuter<sup>95</sup>. Ce type de relation illustre bien l'un des éléments constitutifs de la confiance, à savoir le lien de dépendance.

Partant toujours de cette idée d'extériorisation, certains auteurs considèrent la confiance de façon soit *globale*, soit *objectivée*<sup>96</sup>. Dans le premier cas, la situation est envisagée du côté

---

94. Jean-Michel Servet, «Paroles données : le lien de confiance», (1994) 4 Revue du Mouvement anti-utilitariste en sciences sociales semestrielle 37 [Servet, «Paroles données»]. Pour l'auteur, «deux types de confiance sont communément distinguées : verticale et horizontale. La confiance verticale est une relation hiérarchique entre subordonnés et supérieurs au sein d'une organisation ou d'une société. [...] La confiance horizontale est une relation entre semblables : individus occupant des fonctions similaires au sein d'une même unité de production ou dans des unités différentes», pp. 47-48.

95. Pour une appréciation de cette question, voir notamment : Chirez, «Droit contractuel», *supra* note 55 aux pp. 119 et s.

96. Éveline Baumann et François Leimdorfer, «La confiance? Parlons-en !» dans Philippe Bernoux et Jean-Michel Servet, dir., *La construction sociale de la confiance*, Paris, Montchrétien, 1997, 359. Selon les auteurs, «la confiance est l'objectivation d'une posture interne au sujet, mais qui implique immédiatement une situation relationnelle. Cette dernière peut être un rapport du sujet vers le monde, une manière d'être, de faire ou de dire, elle peut être totale ou se limiter à une activité [...]». Dans de nombreux cas, elle est bien évidemment un rapport entre personnes. La confiance naît toujours dans un sujet animé, mais le

de celui qui donne confiance : le commerçant électronique, par exemple. Il est alors fait référence à la crédibilité, à la transparence<sup>97</sup>, à l'information, à la sécurité, à la notoriété de l'entreprise. Ces éléments permettent, en principe, d'avoir confiance envers les biens et services proposés par l'entreprise. Dans le second cas, la situation s'appréhende du côté de celui qui donne sa confiance : l'internaute. Il est fait appel à son jugement qui peut être soit *personnel*<sup>98</sup> ou *individuel*<sup>99</sup>, soit *général*<sup>100</sup> ou *organisationnel*<sup>101</sup> comme dans le cadre de système développé par eBay<sup>102</sup>.

Concernant la confiance organisationnelle, celle-ci peut être *publique* ou *privée*, étant entendu que cette dernière :

[...] se rapporte aux connaissances spécifiques que les individus ont accumulées sur telle ou telle organisation. Les

---

bénéficiaire de la confiance est à même de la susciter. Cette confiance peut être globale : «donner confiance» [...]. Mais elle peut aussi être objectivée : «donner sa confiance».», aux pp. 364 et 365.

- 97. «Au-delà de la légitimité des règles et de la croyance dans l'autre, la *transparence* entre ceux qui sont impliqués est ce qui permet de maintenir la confiance ; transparence signifie ici un certain degré de savoir et d'information. La confiance est impossible si l'information est nulle ; elle est inutile si l'information est parfaite et totale», Servet, «Paroles données», *supra* note 94 à la p.43; Pouillet, «Bruxelles», *supra* note 80.
- 98. Au sujet de ce type de confiance, voir notamment : Lorenz, «Confiance», *supra* note 79 à la p. 111.
- 99. Concernant les bases individuelles de la confiance, voir notamment, Calmes, «Protection», *supra* note 48 aux pp. 359 et s.
- 100. Concernant les bases générales de la confiance faisant référence à la connaissance effective ou non de l'émetteur de la confiance des instruments normatifs encadrant une activité donnée, voir notamment Calmes, «Protection», *supra* note 48 aux pp. 360 et s.
- 101. Cécile Gode-Sanchez, «Confiance et proximité cognitive. Une analyse à partir du cas des organisations de défense», allocution présentée lors du *4th Congress on Proximity Economics: Proximity, Networks and Co-ordination*, Université de la Méditerranée, Marseille, Juin 2004 <<http://139.124.177.94/proxim/viewpaper.php?id=81>> [Gode-Sanchez, «Confiance»].
- 102. Schultz, «eBay», *supra* note 7.

individus ont une prise directe sur ces organisations en ce qu'ils participent à leur fonctionnement et leur développement. C'est le comportement des individus qui compose la structure institutionnelle et conditionne la production de confiance organisationnelle locale.<sup>103</sup>

À ce propos, on parle aussi de confiance *intuitu personae* basée sur ses propres expériences ou sur celles d'autrui à l'égard d'un même comportement<sup>104</sup>. Cette approche reprend la classification donnée par Luhmann<sup>105</sup> et reprise par Giddens<sup>106</sup> comme l'explique Lorenz en indiquant que la confiance peut être qualifiée d'*interpersonnelle* en opposition à celle dite *systémique*, soit le fait selon lequel :

[L]a confiance interpersonnelle se rapporte à la confiance placée dans des individus, ou un groupe d'individus, tandis que la confiance systémique qualifie celle, par exemple, placée dans le système juridique ou le système bancaire. La première suppose la croyance qu'une personne, ou un groupe de personnes, est digne de confiance; la seconde n'implique aucune croyance de ce genre.<sup>107</sup>

Cette référence à l'individu et au système est particulièrement intéressante. En effet, même si ces deux pôles de

---

103. Gode-Sanchez, «Confiance», *supra* note 101.

104. Lorenz, «Confiance», *supra* note 79 à la p. 111; Servet, «Paroles données», *supra* note 94 aux pp. 45-47.

105. Pour Luhmann, une distinction s'établit entre la confiance assurée et celle qualifiée de décidée. Cette distinction dépend «de la perception et de l'attribution», «de notre capacité à distinguer dangers et risques», mais en aucun cas elle ne fait «référence à des questions de probabilité ou d'improbabilité» et elle «n'est pas un simple jeu à somme nulle, dans lequel plus il y a de confiance assurée moins la confiance décidée est requise et *vice versa*», Nikhlas Luhmann, «Confiance et familiarité. Problèmes et alternatives» dans Albert Ogien et Louis Quéré, dir., *Les moments de la confiance. Connaissance, affects et engagements*, Paris, Economica, 2006, 9 aux pp. 12 à 15. Pour une approche plus générale de la théorie luhmannienne de la confiance, il convient de se référer à l'ouvrage suivant : Luhmann, «Confiance», *supra* note 31.

106. Giddens, «Modernité», *supra* note 19.

107. Lorenz, «Confiance», *supra* note 79 à la page 110.



la confiance peuvent être mis en opposition, il est également possible de considérer que ceux-ci sont interdépendants ou encore que l'un est le préalable de l'autre. Ainsi, dans le cadre des environnements électroniques, la confiance doit s'entendre non seulement dans la fiabilité des modes de transmission de l'information, mais aussi de l'interlocuteur. La confiance s'inscrit donc dans le temps. Elle doit exister avant, pendant et après la transaction. Pour ce faire, différents mécanismes sont mis en place, tant du côté de l'émetteur que du destinataire de la confiance, afin de la matérialiser.

### **La confiance, une notion aux multiples matérialisations**

Si la confiance se donne, se perd, évolue avec le temps au fil des expériences, des relations, cela laisse supposer que cette dernière s'exprime de différentes façons. Que l'on pense aux instruments de nature normative ou contractuelle prescrivant les droits et obligations de tout un chacun et, visant à leur manière à (re)donner à la confiance ses lettres de noblesse ou en institutionnalisant cette dernière. Cette orientation s'illustre aussi bien dans le monde physique que sur Internet.

Eu égard à cet espace de communication, Schultz<sup>108</sup> considère que la rematérialisation, la resocialisation et la rejudiciarisation sont des éléments agissant en ce sens, étant entendu que :

[L]a rematérialisation vise la mise en place, pour le commerce électronique, d'une architecture de contrôle, c'est-à-dire un ensemble d'outils technologiques de contrôle de l'identité et des activités des internautes [mais aussi des commerçants eu égard aux labels, aux codes de conduite et aux systèmes de résolution des litiges en ligne]. La resocialisation du commerce électronique a pour but de reformer sur Internet des communautés de confiance. [...] Une communauté numérique à base commerciale appelle

---

108. Schultz, «eBay», *supra* note 7.

son propre système de résolution des litiges – ce qui correspond à la rejudiciarisation [...].<sup>109</sup>

Concernant la labellisation, il convient de reconnaître que celle-ci, quelle soit interne ou externe<sup>110</sup>, favorise l'expression de la confiance du fait de la transparence développée par le destinataire à l'attention de l'émetteur de cette dernière. Il est donc important que les intentions du destinataire soient crédibles, claires, compréhensibles et accessibles. De plus, en l'espèce, l'émetteur doit s'entendre aussi bien de l'internaute lui-même, mais aussi des autorités de certification. En effet, les entreprises en ligne doivent recevoir la confiance d'une tierce partie pour (re)gagner celle des internautes. Ce mécanisme conduit à l'établissement d'une «relation triangulaire»<sup>111</sup>:

[L]e label de qualité est donc une image, un logo, un signe de reconnaissance qu'un marchand appose sur son site pour rassurer ses clients et notamment le plus démuné d'entre eux à savoir le consommateur. Une relation triangulaire est donc mise en place, conformément au processus même de certification, qu'il soit d'identité ou de qualité. En effet, il implique une autorité de certification, un abonné, c'est-à-dire un commerçant qui emploie les services de l'autorité de certification, et enfin l'utilisateur final, le consommateur, qui "magasine" sur la base de la confiance que le sceau lui apporte.<sup>112</sup>

En apposant le label de l'autorité de certification, l'entreprise en ligne adhère aux conditions émises par cette dernière. En effet, le commerçant électronique accepte, d'une part, que ses engagements en matière de protection des renseignements

---

109. *Ibid.* aux pp. 35 et s.

110. Pour une analyse de la labellisation interne (politique de confidentialité) et externe (autorité de certification) quant à la protection des renseignements personnels, voir notamment : Chassigneux, «Vie privée», *supra* note 12 d'une part, pp. 178 et s. et, d'autre part, pp. 201 et s.

111. Vincent Gautrais, «La labellisation de qualité des sites Internet : un sésame voué à la sécurité du consommateur» (1999) 3 *Ubiquité* 91.

112. *Ibid.* à la p. 91.

personnels ou que ses mécanismes de sécurité soient soumis à l'examen d'un tiers et, d'autre part, que l'accréditation qui lui est accordée puisse lui être retirée en cas de manquement. L'adhésion, même si elle est volontaire, est donc conditionnelle au respect des règles mises en place par l'autorité de certification. Ainsi, en devenant titulaire d'un label, une entreprise en ligne gagnera en crédibilité aux yeux des internautes. Crédibilité qui fait référence aux notions de relation durable ou encore de réputation permettant de définir la notion de confiance.

Concernant les modes alternatifs de résolution des conflits offerts aux internautes, soit directement sur les sites commerciaux, soit sur ceux des autorités de certification ou encore de contrôle, il est permis de considérer que cette solution «contribue à la régulation par place de marché parce que les utilisateurs de celles-ci se tournent moins vers des lieux externes de règlements des différends, qui apportent habituellement leur inévitable lot d'influence normative»<sup>113</sup>. Ces mécanismes de contrôle<sup>114</sup> ont souvent été décriés car se situant en dehors de la contrainte étatique et, par conséquent ne faisant pas partie de l'ordre juridique.

Toutefois, comme le rappellent certains auteurs, dont Rocher, la reconnaissance d'un ordre juridique est conditionnée, entre autres, à l'existence d'agents ou d'appareils «reconnus dans l'unité sociale comme étant spécialisés pour : 1) élaborer de nouvelles règles ou modifier celles qui existent; 2) interpréter les règles existantes; 3) les appliquer et les faire respecter»<sup>115</sup>.

- 
113. Schultz, «eBay», *supra* note 7 à la p. 38. Dans le même ordre d'idée, voir «Pistes pour renforcer la confiance dans le commerce électronique – Avis n°3» (Juin 2004), en ligne : Observatoire des droits de l'Internet <[http://www.internet-observatory.be/internet\\_observatory/pdf/advice/advice\\_fr\\_003.pdf](http://www.internet-observatory.be/internet_observatory/pdf/advice/advice_fr_003.pdf)> aux pp. 22 et s. [Observatoire, «Confiance»].
114. Pierre Trudel, «La *Lex Electronica*» dans Charles-Albert Morand, dir., *Le droit saisi par la mondialisation*, Bruxelles, Bruylant, 2001, 221 aux pp. 257 et s.; Poulet, «Bruxelles», *supra* note 79.
115. Rocher, «Sociologie», *supra* note 8 à la p. 104.

Il est entendu que ces fonctions, d'une part, «peuvent être remplies par des agents ou des appareils différents, ou par les mêmes»<sup>116</sup> et, d'autre part, que «les règles et les agents ou appareils doivent faire preuve de stabilité dans le temps, d'une relative permanence. Ces règles ne doivent pas sans cesse varier et les agents être constamment relayés»<sup>117</sup>. Les mécanismes développés, entre autres, par *eBay*<sup>118</sup>, *Amazon*<sup>119</sup> ou encore par des organismes tels que *TRUSTe*<sup>120</sup>, *ECODIR*<sup>121</sup> s'inscrivent dans cette démarche de surveillance par les pairs, par les membres de la communauté.

Il est donc important, comme le précise notamment l'*Observatoire des droits de l'Internet*<sup>122</sup>, que les consommateurs et les commerçants soient sensibilisés à ce processus dont la procédure doit être transparente, facilement accessible, rapide et peu onéreuse<sup>123</sup>. En effet, ces mécanismes conduisent au maintien ou au retrait de la confiance par les émetteurs de celle-ci selon la solution apportée à une situation donnée, mais aussi à la diligence pour résoudre le point litigieux.

Labellisation, modes alternatifs de résolution des conflits sont des outils qui permettent aux destinataires et aux émetteurs de la confiance de se rencontrer compte tenu de l'ouverture dont ils doivent faire preuve. Ouverture quant à la mise en place de tels mécanismes, mais aussi quant aux produits et services proposés, quant à la qualité du destinataire de la confiance, à sa responsabilité par rapport au cycle de vie du contrat comme prescrit, par exemple, dans la *Loi concernant le cadre juridique des*

---

116. *Ibid.*

117. *Ibid.*

118. En ligne : eBay <<http://www.ebay.com>>, voir notamment la section «Feedback Forum».

119. En ligne : Amazon <<http://www.amazon.com>>.

120. En ligne : Truste <<http://www.truste.org>>.

121. En ligne : Ecodir <<http://www.ecodir.org>>.

122. En ligne : Economie <<http://www.internet-observatory.be>>.

123. Observatoire, «Confiance», *supra* note 113 aux pp. 26 et 27.

*technologies de l'information*<sup>124</sup> ou la *Loi pour la confiance dans l'économie numérique*<sup>125</sup>. Ces lois indiquent, en effet, que le destinataire est responsable de la non-exécution des obligations contractuelles, de la réalisation d'une activité à caractère illicite, du bris de confidentialité du document dont il a la garde, sauf s'il démontre que cette situation est indépendante de sa volonté et qu'il a pris les moyens nécessaires pour minimiser les inconvénients qui en résultent.

Cette information<sup>126</sup> peut provenir du destinataire de la confiance, ce qui est susceptible de renforcer son image à l'égard des tiers. Elle peut également être le fait des membres de la communauté cherchant à renseigner les internautes sur le sérieux ou non des activités d'une personne physique ou morale qui «propose ou assure à distance et par voie électronique la fourniture de biens et de services»<sup>127</sup>. On retrouve ici l'idée de bouche à oreille, de mémoire, de réputation favorisant l'établissement d'une confiance individuelle et collective nécessaire au bon déroulement des activités effectuées dans le cadre des environnements électroniques.

## **Conclusion**

Même si les éléments définitionnels, les catégories et les matérialisations de la confiance sont multiples, nous avons voulu démontrer, d'une part, qu'à l'instar des instruments législatifs qui sont discutés avant d'être adoptés, la confiance s'établit au fil des expériences avant de s'installer. D'autre part, si les règles contenues dans les instruments législatifs doivent être appliquées, pour continuer à agir la confiance doit s'entretenir. Enfin, tout

---

124. *Loi concernant le cadre juridique des technologies de l'information*, L.R.Q., c. C-1.1, rticles 22, 26, 27, 36 et 37.

125. *Loi pour la confiance dans l'économie numérique*, *supra* note 26 à l'article 15.

126. Pour une analyse du concept d'information, voir notamment : Vallée et Mackaay, «Confiance», *supra* note 32

127. *Loi pour la confiance dans l'économie numérique*, *supra* note 26 à l'article 14 alinéa 1<sup>er</sup>.

comme une amende ou l'annulation d'un contrat sont des sanctions répondant au non-respect d'une obligation contractuelle, la défiance, la méfiance, la mauvaise publicité, la désaffectation sont au nombre des conséquences d'un bris de confiance.

Dès lors, tout comme les sources institutionnelles et celles qui sont substantielles<sup>128</sup>, la confiance du fait de son établissement, de son maintien et de sa sanction par les acteurs, permet de réguler les environnements électroniques. Toutefois, la confiance est souvent orientée du côté de son destinataire et présentée comme étant synonyme de sécurité, de responsabilité. Elle ne peut cependant pas exister sans émetteur. En effet, le destinataire peut tout mettre en œuvre pour rendre son site Web attrayant, pour offrir les meilleurs produits et services, pour donner une information claire, lisible et facilement accessible, si l'émetteur n'est pas disposé à lui accorder sa confiance, tous les efforts resteront lettre morte. La confiance ne se commande pas, elle se donne et se reprend. Cette action est le fait de son émetteur agissant à titre individuel ou collectif. La confiance doit donc s'envisager non seulement du côté du destinataire, mais aussi de l'émetteur pour être un instrument de régulation effectif<sup>129</sup> des environnements électroniques.

---

128. Trudel, «Lex Electronica», *supra* note 114 aux pp. 236 et s.

129. Pour une analyse générale de la notion d'effectivité, voir notamment, Guy Rocher, «L'effectivité du droit» dans Andrée Lajoie, Roderick A. Macdonald et Richard Janda, dir., *Théories et émergence du droit : pluralisme, surdétermination et effectivité*, Montréal/Bruxelles, Thémis/Bruylant, 1998, 133.

**RDUS**

**Revue de DROIT**  
**UNIVERSITÉ DE SHERBROOKE**

**Titre :** BIO-INGÉNIERIE ET RESPONSABILITÉ SOCIALE

**Auteur(s) :** Georges A. LEGAULT

**Revue :** *RDUS*, 2006-2007, volume 37, numéro 2

**Pages :** **473-477**

**ISSN :** 0317-9656

**Éditeur :** Université de Sherbrooke. Faculté de droit.

**URI :** <http://hdl.handle.net/11143/11841>

*Page vide laissée intentionnellement.*



## **NOTE BIBLIOGRAPHIQUE**

---

### **BIO-INGÉNIERIE ET RESPONSABILITÉ SOCIALE \***

par Georges A. LEGAULT\*\*

La biotechnologie a soulevé, depuis plusieurs années, des débats touchant à la fois ses modes de production, ses processus de développement économique et l'impact de ses résultats et de ses produits. De nombreux avis éthiques provenant de divers organismes publics nationaux et internationaux ont soulevé bien des questionnements. Comme pour tout ce qui touche l'humain, nous sommes encore loin de consensus en la matière : à un extrême, certains prônent le développement sans frein tandis qu'à l'autre extrême, certains voudraient freiner tout développement de la bio-ingénierie.

Pour nous aider à mieux comprendre la complexité concernant la demande de régulation de la bio-ingénierie, le collectif nous propose d'explorer plusieurs avenues à partir de différentes études exploratoires, mais qui convergent autour du concept de «responsabilité sociale».

Dans le chapitre I, intitulé «Portrait du questionnement éthique entourant la transgénèse des plantes et des animaux», Vincent Richard et Lyne Létourneau regroupent les différents arguments pour ou contre la transgénèse, tout en précisant leurs prémisses, dans des tableaux détaillés et pertinents. Leur analyse descriptive des questions éthiques sous-jacentes permet de mettre en lumière les trois grands modes d'évaluation des conséquences des biotechnologies : par le biais de gains et de pertes, par les principes déontologiques et par la mesure d'impact sur la valeur intrinsèque accordée à la nature, aux animaux et aux humains. Peu importe le type d'évaluation utilisé, tous débouchent sur un appel à la responsabilité face aux biotechnologies.

---

\* . Sous la direction de Lyne Létourneau, *Bio-ingénierie et responsabilité sociale*, Montréal, Thémis, 2006.

\*\* . Professeur titulaire à l'Université de Sherbrooke.

Mais quel concept de responsabilité est plus spécifiquement convoqué dans cet ouvrage? Le chapitre II, «Concept général de responsabilité», écrit par Vincent Richard, nous propose explicitement «d'articuler philosophiquement le concept moral de responsabilité» (p. 57). S'appuyant sur les travaux de Marc Neuberg, il propose de construire un concept de responsabilité, fondé en raison, pour servir de guide afin de juger les différentes pratiques sociales de responsabilité. La responsabilité morale se conceptualise en deux temps : la responsabilité rétrospective, que l'on reconnaît dans l'expérience du droit et qui permet de louer ou de blâmer *a posteriori* une action, et la responsabilité prospective qui concerne le futur. La responsabilité prospective est nécessairement sociale puisqu' «[e]lle découle d'un rôle que l'agent moral possède. Ce rôle est constitué de devoirs et d'obligations contraignant moralement l'agent responsable» (p. 92).

Grâce à ce concept moral de responsabilité sociale, Jean-François Sénéchal, Lyne Létourneau et Thomas de Koninck pourront cerner les «Manifestations de la responsabilité des chercheurs à travers l'éthique de la recherche», titre du chapitre III. Deux séries de devoirs sont explicitées : les devoirs envers les autres, catégorie qui comprend le devoir de bienfaisance, de respect de la vie et de la personne humaine et le devoir de justice et les devoirs envers la science, qui touchent le devoir de promotion de la liberté de la recherche, du respect du critère minimal de scientificité de la recherche et le devoir d'honnêteté.

Comme l'indique précisément le titre du chapitre IV, «La responsabilité des chercheurs dans le partage de l'information : respect de la solidarité pour un rapprochement entre science et société», la responsabilité sociale cherche à relever un défi de taille. Les auteures Julie Cousineau et Thérèse Leroux ouvrent la réflexion sur le défi démocratique que soulèvent les biotechnologies. Comment pouvons-nous espérer démocratiser le débat et faire intervenir la société civile si nous n'avons pas une information valable? Dans ce contexte, le chercheur a une responsabilité particulière quant à la qualité et la compréhensibilité de l'information adressée au grand public.

Marc-André Sirard, chercheur engagé dans la transgénèse animale, approfondit au chapitre V «La responsabilité du chercheur vue par un chercheur!». C'est en prenant appui sur la déontologie professionnelle qu'il précise d'une manière analogique les devoirs du chercheur envers la connaissance, le partage de l'information et l'usage adéquat des découvertes.

Les quatre derniers chapitres donnent à la responsabilité sociale une définition plus proche de celle qui a cours en éthique des affaires : la responsabilité sociale des entreprises. Dans le domaine des affaires, le questionnement éthique sur la responsabilité des entreprises se pose à l'égard de la société qui l'héberge, des ressources humaines qui y travaillent, des capitaux qui y sont investis, des sous-traitants et des consommateurs. Le temps où la responsabilité sociale des entreprises se résumait à faire des profits et à créer de l'emploi est révolu. La bio-ingénierie ajoute une dimension supplémentaire à l'éthique des affaires, celle de la nature spécifique de ce produit transgénique.

Dans le chapitre VI, Joël Monzée nous propose une lecture des résultats préliminaires d'une recherche qui dépasse la portée du titre «Quelle responsabilité sociale chez les chercheurs? Résultats commentés d'une enquête préliminaire». Vingt répondants répartis entre chercheurs universitaires, chercheurs en milieu industriel, promoteurs, décideurs, régulateurs, membres d'organismes représentant la population et personnalités publiques apportant une critique pertinente, ont été interviewés. Est-il surprenant de voir se confirmer dans les résultats la grande confusion autour des concepts de responsabilité sociale et de morale et de la distinction entre déontologie et éthique? De même, pouvons-nous être surpris du constat que le mode privilégié de régulation soit déontologique et que l'accent aille nettement vers l'hétérorégulation de la transgénèse plutôt que vers son autorégulation? Quoiqu'ils soient non surprenants, ces résultats sont indispensables pour comprendre et mettre en perspective la croyance encore fortement partagée de la force de l'hétérorégulation dans ce domaine.

Dans le chapitre VII, Sonia Le Bris nous propose, dans un texte documenté et structuré intitulé «De la responsabilité sociale à la responsabilité éthique des entreprises des sciences de la vie : survol d'une évolution imposée», une synthèse de la responsabilité sociale des entreprises telle qu'elle a évolué depuis une vingtaine d'années. À travers le récit de cette évolution de l'éthique des affaires, l'auteure nous propose une hypothèse fort intéressante : «l'apparition de la responsabilité éthique comme sixième génération de la responsabilité sociale» (p. 216). Cette analyse de la responsabilité sociale des entreprises nous montre que nous sommes loin de l'idéalisation morale de l'éthique dans ce domaine. Les compagnies font de l'éthique parce que cette dimension fait de plus en plus partie de l'évaluation éthique des entreprises par les consommateurs. Le mouvement de la qualité des produits et des services a aussi conduit à l'émergence d'exigences éthiques au sein des rapports commerciaux. C'est dans cet espace que la responsabilité éthique des entreprises est opérante. Selon l'auteure : «La responsabilité sociale – et éthique – est donc un outil de gestion des risques pour les entreprises» (p. 237).

Dans le chapitre VIII, intitulé «Responsabilité sociale des entreprises et bio-ingénierie : propositions, critiques et implications», Allison Marchildon nous propose un triple regard sur ce thème. Dans un premier temps, elle dégage les grandes tendances de mesures volontaires que les textes en sciences de la gestion proposent aux entreprises afin de répondre à la demande éthique. L'éthique des entreprises se déploie sur le plan des valeurs et des principes, notamment par l'élaboration de codes de conduite qui visent à valoriser l'humain, la communauté et l'environnement; sur le plan des actions, par l'élaboration de mesures de transparence à l'aide d'indicateurs de responsabilité sociale et d'audits éthiques; sur le plan des processus et des prises de décision par l'appel au dialogue entre les parties prenantes. Dans un deuxième temps, s'appuyant sur ces tendances, la chercheuse analyse les sites de grandes entreprises de biotechnologie afin de voir comment elles s'inscrivent dans ces dispositions d'autorégulation. Dans un troisième temps, elle analyse les sites critiques des biotechnologies afin d'évaluer l'écart entre les mesures volontaires utilisées et les insuffisances

constatées. L'écart ainsi développé n'est pas surprenant lorsque nous nous rappelons l'irréductibilité des arguments que le premier chapitre nous avait si bien démontrée.

Le chapitre IX, intitulé «L'industrie montréalaise des biosciences : une évaluation empirique des besoins en matières réglementaire et éthique» et signé par Sylvain Poitras, Élodie Petit, Bartha Maria Knoppers et Béatrice Goddard, se veut davantage un recueil de «témoignages fournis de façon anonyme et en toute confiance» (p. 293) qu'une étude terrain systématique. Ce qui ressort de cette analyse semble confirmer que l'industrie montréalaise est orientée vers l'hétérorégulation dont elle cherche à minimiser l'impact sur l'industrie plutôt que de chercher une posture d'autorégulation qui serait construite sur la sixième génération de responsabilité sociale : la responsabilité éthique.

